

JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Maximilian Krackhardt

# Innovationsupphandlingar

## Offentlig upphandling som innovationsinstrument

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: VT2015

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>SUMMARY</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD OCH FÖRFATTARENS TACK</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Problemformulering	7
1.3 Frågeställningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Terminologi	12
1.6 Avgränsning	15
1.7 Forskningsläget	16
1.8 Disposition	16
<b>2 INNOVATIONSUPPHANDLINGENS INLEDNING</b>	<b>18</b>
2.1 Förarbete och innovation	18
2.1.1 Behovsidentifiering	20
2.1.2 Marknadsanalys/Marknadsinformation	21
2.2 Tröskelvärden	22
2.3 Annonsering	24
<b>3 INNOVATIONSFAS - FÖRKOMMERSIELL UPPHANDLING</b>	<b>26</b>
3.1 Definition	26
3.1.1 FoU-undantaget	28
3.2 Den statliga utredningen om Innovationsupphandling	30
3.2.1 Utredningens förslag till lagstiftning	31
3.2.2 Lagförslagets öde – rättsläget	34
3.3 Förkommersiell upphandling inom ramen för LOU	35
3.4 Övriga frågor	38

3.4.1	Sekretess	38
3.4.2	Konsulters deltagande – dubbel medverkan	40
<b>3.5</b>	<b>Resultatet av den förkommersiella upphandlingen</b>	<b>44</b>
3.5.1	Fördelning av immaterialrätterna	44
3.5.2	Mer om licensavtal	45
<b>3.6</b>	<b>Slutskedet – Avgränsning mot den kommersiella upphandlingen</b>	<b>47</b>
<b>4</b>	<b>INKÖPSFAS – KOMMERSIELL UPPHANDLING</b>	<b>49</b>
<b>4.1</b>	<b>Val av upphandlingsförfarande</b>	<b>49</b>
4.1.1	Selektivt eller öppet förfarande	49
4.1.2	Förhandlat förfarande med eller utan annonsering	50
4.1.3	Konkurrenspräglad dialog	52
<b>4.2</b>	<b>Förfrågningsunderlaget</b>	<b>53</b>
4.2.1	Mer om kravspecifikationen	54
4.2.1.1	Funktionsupphandling	55
4.2.1.2	Alternativa anbud/utföranden	56
4.2.2	Uteslutning/Kvalificeringkrav	57
<b>4.3</b>	<b>Kriterier för utvärdering och tilldelning</b>	<b>58</b>
<b>5</b>	<b>INNOVATIONSPARTNERSKAPET</b>	<b>61</b>
<b>5.1</b>	<b>Syftet med den nya regleringen</b>	<b>61</b>
<b>5.2</b>	<b>Användningen av partnerskapet</b>	<b>62</b>
<b>5.3</b>	<b>Tilldelningsfasen i partnerskapet</b>	<b>64</b>
<b>6</b>	<b>ANALYS</b>	<b>66</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledande slutsatser</b>	<b>66</b>
<b>6.2</b>	<b>Vägskäl och avgränsningar under processen</b>	<b>68</b>
<b>6.3</b>	<b>Förhållandet mellan innovations- och inköpsfas</b>	<b>71</b>
<b>6.4</b>	<b>Det nya partnerskapet – lösningen?</b>	<b>73</b>
<b>6.5</b>	<b>Avslutande kommentarer</b>	<b>76</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>78</b>
<b>Källor</b>		<b>78</b>
Tryckta källor		78
Övriga källor		79
<b>Litteratur</b>		<b>80</b>
<b>Elektroniska källor</b>		<b>80</b>

<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>82</b>
<b>Avgöranden från svensk domstol</b>	<b>82</b>
<b>Avgöranden från Europeiska Unionens domstol</b>	<b>82</b>

# Sammanfattning

Grundtanken med innovationsupphandling är att en upphandlande myndighet aktivt främjar nya lösningar. Konceptet består av följande delar: Först identifierar en upphandlande myndighet ett behov av en innovativ lösning. Därefter bedriver den upphandlande myndigheten ett strukturerat utvecklingsarbete för att utveckla en eller flera innovativa idéer som framstår som lösningar och köper slutligen in den utvecklade lösningen för att tillgodose sitt behov. Processen bygger alltså på tre huvudsakliga faser, förarbetsfas, innovationsfas och inköpsfas. Uppsatsen utreder och diskuterar de olika rättsliga frågorna som fasernas förhållande till både svensk och europeisk lagstiftning och deras inbördes förhållande ger upphov till.

Framförallt arbetet i innovationsfasen har framhävts som ett sätt att främja innovationer vid offentlig upphandling, med hjälp av så kallad förkommersiell upphandling. Denna bygger på ett förslag från EU-kommissionen år 2007 och ledde bl.a. till ett svensk lagförslag kring förkommersiell upphandling år 2010, som dock inte infördes. Myndigheten kan enligt konceptet välja att bedriva en utvecklande upphandling antingen inom ramen för lagstiftningen eller, genom FoU-undantaget, utanför densamma. Särskilt det senare lyftes fram i kommissionens förslag. Under processen ska sedan ett visst antal leverantörer av utvecklingsarbetet väljas som i konkurrens bedriver arbetet. Den förkommersiella upphandlingens förhållande till resterande lagstiftning är dock inte helt klarlagd, i uppsatsen första delar utreds och analyseras detta förhållande av denna anledning.

Efter innovationsfasens avslutande är sedan frågan hur resultaten av den förkommersiella upphandlingen ska handhas, vilket gäller både immateriella rättigheter men även frågan om utformning och planering av en påföljande inköpsfas. Denna fas faller i egenskap av upphandling av en kommersiell vara helt inom tillämpningsområdet för LOU och skiljer sig från en ”klassisk” upphandling inte genom sin struktur utan genom sina annorlunda förtecken. Det är dessa förtecken som ger inköpsfasen i en innovationsupphandling sina särdrag och dessa särdrag är vad uppsatsen fokuserar på i denna del.

Fram till nyligen var dock indelningen i innovationsfas och inköpsfas i stort okänt för lagstiftningen. Därför är lagstiftningen inte anpassad för innovationer, även om rättsläget i skrivande stund förändras åt ett positivt håll. Framförallt utvecklas nu för första gången juridiska mekanismer som ska underlätta innovationsupphandlingar och lösa åtminstone en del av dem frågor och problem som dagens lagstiftning innehåller. En möjlig lösning är införande av det nya förfarandet innovationspartnerskap i de nya EU-direktiven från 2014. Förfarandets införande bekräftar inte bara det förnya intresset för innovationer och upphandling utan innebär också vissa nya ansatser som kan driva rättsutvecklingen framåt. Samtidigt framgår det dock av arbetet att partnerskapet inte är utan sina brister och problem och det återstår att se om dess potential kan förverkligas.

# Summary

The background to Public Procurement of Innovation (PPI) is a Procuring Agency's active promotion of innovative solutions. PPI consists of the following parts: The Agency firstly formulates a need for an innovative solution to a certain problem. The agency then develops the innovative idea through a structured development process and, lastly, purchases the developed solution in order to both meet its' own needs meanwhile furthering innovations as a whole. PPI thus has three main phases, the preparatory phase, the innovation phase and purchasing phase. This thesis investigates and discusses the varying legal questions and problems about the phases' relation both to Swedish as well as European Procurement Law and their interrelation with each other.

Especially the innovative phase has been highlighted as a possibility to promote innovations in public procurement, mostly through the concept of precommercial procurement. This concept mainly comes from a proposal from the European Commission in 2007, which also led to a Swedish proposal for a law on precommercial procurement, which however was not drafted into law. Such a procurement process can be held either within the purview of the regulations or outside of this purview, using the so-called R&D – exclusion in the directives and national law. Especially the latter method has been highlighted by the EC. During the process the agency can then choose a number of market actors with which it then will execute the actual developmental work in competition with each other.

After the innovative phase the agency must administer the results of the precommercial procurement, which includes both issues of IPR as well as a following procurement process for the actual purchase of the innovative goods or services, the purchase phase. It being a commercial procurement the process will have to follow the regulations, its' structure is therefore similar to a more classical procurement process, albeit with certain special aspects singular for innovative procurement. These special aspects are what this thesis focuses on in the later parts about the purchase phase.

Furthermore, the division into innovation and purchase phase was rather unknown to regulators until recently. Therefore are today's legal parameters not suited for innovation, though there is positive change on the horizon. One possible solution lies in the introduction of new procedure: "The Innovation Partnership" in the new EU-directives of 2014. The introduction of this procedure does not only confirm the renewed interest in innovation and procurement but also provides new approaches that can further the legal development of the issue. At the same time it is submitted in this work that the procedure is not without its faults and problems, it therefore remains to be seen how well it uses its' potential for a positive legal impact.

# Förord och författarens tack

Att skriva ett förord till sitt examensarbete är en speciell kombination av glädje över att arbetet närmar sig slutet men detta innebär också avslutningen av min juristutbildning, man nu kan överblicka vad fyra och ett halvt års studier har resulterat i och att avsluta ett så pass lärorikt och präglade livsavsnitt gör det lätt att falla hän åt lite melankoli. Samtidigt har tiden i Lund gett mig vänner och upplevelser som jag kommer njuta av i många år framöver.

Med det sagt finns det framförallt en person utan vars engagemang arbetet inte hade kommit till stånd: Min handledare Henrik Norinder. Du ska ha ett stort tack för de många hjälpsamma kommentarer och ofta välbehövliga förslag till ändringar som vi avhandlade under de många handledningstillfällen vi hade. Du har varit en oerhört stor resurs att ha i ryggen!

Vidare går ett självklart tack till min familj, som har stöttat när det har behövts och glatts med mig när skrivandet gick framåt. Ett ovärderligt stöd!

Sist och absolut inte minst vill jag också tacka Karin Bagger, för att du tog dig tiden att ge en icke-jurists perspektiv på arbetet, välbehövt och väldigt uppskattat.

Höganäs den 24 maj 2015

Maximilian Krackhardt

# Förkortningar

CPV	Common Procurement Vocabulary
FoU	Forskning och Utveckling
IP	Intellectual Property
KKV	Konkurrensverket
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LFU	Lag om förkommersiell upphandling
OSL	Offentlighets- och Sekretesslag (2009:400)
RFI	Request for Information
VINNOVA	Verket för Innovationservice
ÄLOU	Lag (1992:1852) om offentlig upphandling



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Grundtanken med en innovationsupphandling är egentligen mycket enkel: Istället för att begränsa sig i urvalet av möjliga lösningar på ett identifierat problem tar en upphandlande myndighet ett helhetsgrepp och är öppen för alla lösningar, gamla som nya. Graden av fokus på nya lösningar kan sedan vara olika beroende på upphandlingsföremålet och myndighetens önskningar.

Historiskt har själva innovationstanken i upphandlingar funnits sedan lång tid tillbaka, som ett exempel brukar framhävas utskrivningen av en lösning för navigation åt den engelska flottan; en process som mynnade ut i att den idag mycket välkända nollmeridianen utvecklades och placerades i Greenwich, London.<sup>1</sup> Med andra ord insåg man redan för ett antal århundraden sedan potentialen för att utveckla nya lösningar genom att det offentliga skapar en efterfrågan.

Inte heller för svensk del har innovationsupphandlingen varit något främmande, rentav tvärtom. Framförallt under 1900-talet och i takt med Sveriges framväxt som industrination har statens inköp ofta varit en drivande kraft i allehanda innovationer. Särskilt på försvarsindustrins område kan vi se resultaten av detta än idag, där Sverige fortfarande är en stor exportör av olika slags krigsmateriel, trots en neutralitet på över 200 år. Försvarsprodukter är härvid ett synnerligen framstående exempel på innovationsupphandling, eller teknikupphandling som det kallades tidigare, eftersom dessa närmast uteslutande upphandlas av staten som således blir en drivande kraft av innovation. Detta innebär dock inte att det inte har funnits ett stort antal innovationsupphandlingar även i den civila sektorn.<sup>2</sup> Med detta sagt är det långt ifrån bara i samband med offentlig upphandling som

---

<sup>1</sup> SOU 2010:56, *Innovationsupphandling*, s. 69.

<sup>2</sup> SOU 2010:56, s.70f. För vidare läsning om teknikupphandlingar och innovativa upphandlingars historiska betydelse rekommenderas s. 69-76.

innovationer uppstår, näringslivets forskning eller ren kunskapsörst är också framstående källor för innovationer.

Varför är då innovationsupphandling på sätt och vis åter aktuell istället för fortsatt aktuell? Det har hävdats att genom att Sveriges inträde i den europeiska gemenskapen den 1 januari 1995 och genom den konsekventa anpassningen av svensk upphandlingslagstiftning skiftade fokus från själva upphandlingarna till procedurfrågor och osäkerhet, något som i sin tur hämmade innovationer och innovativa upphandlingar.<sup>3</sup> Huruvida detta påstående är sant eller falskt är svårt att entydigt bevisa eller motbevisa, och det är inte heller vidare intressant i detta sammanhang, man kan i vilket fall skönja en tydlig ökning av intresse för och fokus på upphandlingars potential till att driva innovationsprocesser på senare år, i takt med både den europeiska innovationsstrategin 2020<sup>4</sup> och framförallt genom antagandet av de nya upphandlingsdirektiven<sup>5</sup>, där inte bara innovationsbegreppet legaldefinieras utan också ett nytt förfarande som sägs vara särskilt anpassat för innovativa upphandlingar införs. Således är innovativa upphandlingar idag åter på agendan, såväl den europeiska såväl som den svenska.<sup>6</sup>

## 1.2 Problemformulering

Med bakgrund i det ovan skrivna kan man således problematisera följande aspekter: Dagens upphandlingslagstiftning innehåller varken konkreta hänvisningar till eller regler för hur en innovationsupphandling ska byggas upp och gå till och det saknas en klar och tydlig legaldefinition av begreppet. Särskilt eftersom begreppet kan anta många olika skepnader och användas till att beskriva väldigt skilda företeelser är den resulterande begreppsförvirringen ett problem, något man kan se om man jämför vad

---

<sup>3</sup> SOU 2010:56, s. 77f.

<sup>4</sup> Strategin går under namnet *Innovation Union* och offentliggjordes av kommissionen genom meddelandet KOM (2010) 546 slutlig av den 6 oktober 2010.

<sup>5</sup> Med detta avses dels det nya klassiska direktivet 2014/24/EU som ersätter direktiv 2004/18/EU samt det nya försörjningssektorsdirektivet 2014/25/EU som ersätter direktiv 2004/17/EU. Härvid måste man särskilt framhäva skäl 47 i ingressen till det nya klassiska direktivet.

<sup>6</sup> Se bl.a. Regeringen, *Den nationella innovationsstrategin*, N2012.27, s. 28ff. samt Socialdemokraternas vårmotion 2014, s. 35.

som avses med begreppet i olika publikationer. Följaktligen behövs främst en legaldefinition av begreppet. Här har rättsläget på senare tid fått en viss utveckling genom antagandet av de nya upphandlingsdirektiven med hänsyn till bland annat en tidigare obefintlig definition av begreppet innovation. Dock är det i dagsläget osäkert hur dessa nya ändringar påverkar innovationsupphandlingar, en osäkerhet som kan vara till besvär för upphandlande myndigheter.

Hand i hand med bristen på en legaldefinition går en problematik med en allmän okunskap om både syfte och utformning av en innovationsupphandling. Båda dessa delar kan verka teoretiskt sett enkla att förhålla sig till. Syftet är så som kort nämnts i bakgrundsbeskrivningen att upphandla något nyskapande medan processen följer den traditionella upphandlingsprocessen. I praktiken är dock frågorna avsevärt mer komplexa. Det har inte utformats någon samlad form av varken juridisk doktrin eller praxis för att på ett ställe bringa klarhet i vilka rättsliga frågor en innovativ upphandlingsprocess ger upphov till, eftersom dagens upphandlingslagstiftning inte någonstans nämner begreppet innovationsupphandlingar. Istället får myndigheter och enheter förlita sig på ett fåtal mer heltäckande publikationer från källor med varierande auktoritet och i övrigt endast ett fragmenterat källmässigt läge med bitar av information på vitt spridda ställen. Detta skapar rättsosäkerhet och kan i förlängningen bidra till att innovativa upphandlingar inte främjas av en effektiv lagstiftning och ett klart rättsläge. Exempel på detta är bland annat företeelsen förkommersiell upphandling och bristen på vägledning och juridiska förhållningsramar för denna. Även frågan kring hur man utformar och driver en innovativ kommersiell upphandling har behandlats i mycket liten omfattning. En viktig del av detta problem är framförallt att förhållandet mellan anbudsgivare/leverantörer och den upphandlande myndigheten saknar ändamålsenlig reglering. Frågan är viktig eftersom det är i framförallt kommunikationshänseende en innovationsupphandling skiljer sig från en traditionell upphandling. Om inte denna kommunikation sköts på rätt sätt exponerar myndigheten sig för stora risker vid en

överprövning, något som får antas minska benägenheten att våga sig på en innovativ upphandling. Utan att kommunikationsaspekter behandlas och bedöms är det dock svårt för den upphandlande myndigheten att veta hur man ska förhålla sig utan att exponera sig för alltför stora risker. Dessutom kan också övergången från det förkommersiella skedet till en kommersiell upphandling ge upphov till en rad komplicerade och i nuläget till viss del oreglerade juridiska frågor.

Slutligen har man från den Europeiska unionens sida infört två stycken nya upphandlingsdirektiv, som ersätter de nuvarande, och som således ska inkorporeras i svensk rätt genom nya upphandlingslagar. När det gäller innovationer har man infört det så kallade innovationspartnerskapet. Förhoppningen är att partnerskapet ska lösa den nuvarande lagstiftningens problem vid hanteringen av innovativa frågor. Det är dock oklart hur partnerskapet förhåller sig till det rådande rättsläget, dels på grund av bristen på prövning och dels på grund av vissa av stadgandena kring partnerskapet är skrivna på ett sätt som gör dess förhållande till andra förfaranden oklart.

## 1.3 Frågeställningar

Den ovan beskrivna problemformuleringen utmynnar i följande frågeställningar:

- Vilka juridiska frågor och eventuella problem kan en upphandlande myndighet behöva förhålla sig till för att genomföra en framgångsrik innovationsupphandling under rådande lagstiftning?<sup>7</sup>
- Hur förhåller sig det förkommersiella skedet till faktiska köpet av den innovativa varan eller tjänsten?
- Är innovationspartnerskapet en möjlig lösning på de frågor och problem som har identifierats genom de föregående frågorna?

---

<sup>7</sup> Med framgångsrikedom förstås här dels att processen håller sig inom den juridiska ramen och dels att myndigheten lyckas upphandla en vara eller tjänst som uppfyller det identifierade behovet.

## 1.4 Metod och material

Den vetenskapliga metoden som ligger till grund för detta arbete är den rättsdogmatiska metoden, som i sig själv egentligen inte behöver någon mer utförlig introduktion. Dock ger ämnesvalet anledning att kort fördjupa sig i metodens olika byggstenar. Den klassiska metoden brukar definieras så som att med hjälp av de allmänt accepterade rättskällorna ge svaret på en konkret och definierad rättsfråga.<sup>8</sup> Rättskällorna är härvid generellt fyra till antalet: först och främst lagtexten, därefter tolkande rättspraxis, förarbeten för att förstå bakgrunden och utröna andemeningen i lagregleringen och därutöver den kommenterande juridiska doktrinen. Samtidigt måste juristen dock vara kapabel till att anpassa sitt urval av rättskällor och deras inbördes ordning till rättsfrågan och i detta fall ämnet<sup>9</sup>, även om lagtextens plats som den viktigaste rättskällan självfallet är given.<sup>10</sup>

När det kommer till innovationsupphandlingar är bilden av hur frågeställningen förhåller sig till rättskällorna något mera komplicerad än vad som kanske skulle vara fallet i en mera klassisk rättsfråga. För att illustrera skillnaden kan man tänka sig en fråga om påföljdslära i straffrätten som motsats. Den frågan är dels en tämligen renodlad rättslig fråga, där det inte finns några ekonomiska eller andra icke-juridiska aspekter som kan inverka på den juridiska bedömningen. Dels existerar ett omfattande material i samtliga rättskällor angående frågan.

För upphandlingslagstiftningen förhåller det sig delvis annorlunda. Först och främst grundar sig närmast hela både den gällande och den snart kommande upphandlingslagstiftningen på europeisk sekundärrätt. Således finns det här två olika lagregleringar där den europeiska förvisso ges företräde framför den nationella<sup>11</sup> men där bilden oavsett är komplicerad. Det faktum att framställningen upptar sig med ett ämne som i stor utsträckning bygger på unionsrätt (och till viss del på kommissionens

---

<sup>8</sup> Korling, F., Zamboni, M.(red): *Juridisk metodlära*, Lund 2013, s. 21f.

<sup>9</sup> Jareborg, Nils: "Rättsdogmatik som vetenskap". I: *Svensk Juristtidning 2004*, s. 8f.

<sup>10</sup> Korling, F., Zamboni, M: a.a. s. 24.

<sup>11</sup> Korling, F., Zamboni, M: a.a. s. 111f.

publikationer) gör det också nödvändigt att använda sig av vad doktrinen har kallat EU-rättslig metod<sup>12</sup>, som framförallt gör sig gällande vid en diskussion kring omsättning av direktivtext till svensk lag.

Därutöver har hela upphandlingslagstiftningen andra förtecken än rent juridiska. Den har som huvudsakligt mål att försäkra ett effektivt utnyttjande av skattemedel och i förlängningen mer nationalekonomiska syften, något som är än mer tydligt när upphandlingsrätten blir ett medel i innovationspolitiken. För metodiken får detta till följd att det i vissa fall kan vara nödvändigt att gå till ekonomivetenskapliga källor för att förstå utformningen av lagstiftningen och därigenom utröna lagens tillämpning med hänvisning till lagstiftarens avsikter. Den tredje skillnaden mot exemplet ovan är omfattningen av tillgängligt material. Om påföljdslära har det både avkunnats mycken dom och skrivits många spaltmeter, så är inte fallet om innovationsupphandlingar. I brist på material som klart definierar aktuella frågeställningar och juridiska problemområden har jag således varit tvungen att analysera processen och etablera relevanta frågeställningar. För att sedan besvara dessa har en anpassning av metoden varit nödvändig, till exempel i frågor där det endast existerar förarbeten men ingen gällande rätt. Här har förarbetena varit en tyngre faktor medan när det gäller framförallt de senare kapitlen har den gällande lagstiftningen varit mera omfattande och därför fått mera vikt i bedömningen.

Överlag är användningen av rättspraxis i denna framställning aningen mindre omfattande än vad som kan förstås i den klassiska rättsdogmatiska metoden, vilket beror på en brist på för hela frågan relevanta avgöranden. Istället har avgöranden använts när dessa har varit aktuella för att besvara och kommentera frågeställningar och konkreta enskilda problemområden som har analyserats i arbetet. Den rättsliga doktrinen har i sin tur fått broderas ut av en del myndighetspublikationer, vilket måhända inte passar i den klassiska metodens definition men som måste anses vara relevanta för

---

<sup>12</sup> Korling, F., Zamboni, M: a.a. s. 109ff. För en fördjupande studie av relationen mellan svensk och europeisk rätt se Bernitz, U; Kjellgren, A: *Europarättens grunder*, Stockholm 2010, s. 217ff.

frågorna. Trots allt är det myndigheter som är vana vid att använda upphandlingslagstiftningen och har till uppgift att förhålla sig till olika förändringar av densamma. Med det sagt så gäller det att iaktta försiktighet vid myndigheternas bedömningar eftersom vissa påståenden inte nödvändigtvis grundar sig i bara juridiska bedömningar utan också kommer ur bland annat lämplighets- och effektivitetshänsyn, även om publikationerna har valts med omsorg för att vara så neutrala som möjligt.

## 1.5 Terminologi

Först och främst är det grundbegreppet innovation, vars innebörd måste förtydligas rent språkligt. Ordet innebär något nyskapande är som sådant förvisso enkel men den ger inte en särskild djuplodande bild. Utöver den rent språkliga definitionen där ordet innovation härstammar från latinets *innovo* som i sin tur bygger på ordet *novus*<sup>13</sup> – ”någonting nytt”, finns det numera också en juridisk definition av begreppet i artikel 2, 1 stycket, 22 punkten i det nya klassiska direktivet där fokus i definitionen ligger på orden ”*genomförande av en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process [..]*” som sedan åtföljs av en inte uttömmande lista av exempel på innovationer. Jag ska nedan återkomma till vad denna nya definition innebär för rättsläget.<sup>14</sup>

Därutöver är också två stycken underordnade begrepp av intresse då innovationer brukar skiljas åt i olika *innovationsgrader*, även kallat *innovationshöjd*. Å ena sidan finns här den så kallade *radikala innovationen*, som innebär ett stort framsteg jämfört med tidigare existerande kunskap eller teknologi. Exempel på en sådan kan vara ångmaskinens framtagande eller det första flygplanet av bröderna Wright. På den andra sidan av skalan finns den så kallade *inkrementella innovationen*, som innebär mer av en utvecklingsprocess än ett enda stort framsteg. Ofta brukar dessa innovationer följa åt de *radikala*, där en produkt

---

<sup>13</sup> Se Nationalencyklopedin angående begreppet innovation: [www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/innovation](http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/innovation) hämtad 2015-02-16

<sup>14</sup> Se särskilt kapitel 5. Notera vidare att denna definition inte finns med i det svenska lagförslaget till en ny LOU.

vidareutvecklas i olika omgångar för att bli bättre anpassade till marknadens behov efter att, vid framtagandet, ha varit en teknisk revolution. För den juridiska bedömningen blir innovationshöjden aktuell på så sätt att det kan bli aktuellt att avgöra om en framtida vara eller tjänst faktiskt faller in under legaldefinitionen eller inte, särskilt med införandet av begreppet ”*väsentligt förbättrad*” i direktivtexten.

Utöver begreppet innovation är det också härvid lämpligt att begrunda själva begreppet innovationsupphandling och hur den följande framställningen kommer att begagna sig av den, framförallt eftersom det här har uppstått en begreppsförvirring i dels den vetenskapliga litteraturen och myndighetspublikationer. Överst på begreppsträdet befinner sig begreppet *innovationsfrämjande verksamhet*, som innehåller allt från innovationspolitik till forskning kring innovationssystem. Därunder sorteras också begreppet *innovationsupphandling* som är synonymt med begreppet *innovativ upphandling* och innebär en medveten innovationsfrämjande upphandling. Inom huvudbegreppet kan vi sedan sortera in olika varianter i två stycken underkategorier, dels *upphandling av innovation* och dels *innovationsvänlig upphandling*. Vi ska strax återvända till den konkreta definitionen, men innan dess är det viktigt att vara medveten om att detta begreppspar kan användas på två olika vis. Dels kan man använda sig av dem för att beskriva två olika synsätt på samtliga upphandlingar, där *upphandling av innovation* är en upphandling där en ny vara eller tjänst är det enda som är aktuellt att köpa in vid kontraktstilldelningen. Den *innovationsvänliga upphandlingen* å andra sidan betecknar då en upphandling där nyskapade varor eller tjänster inte diskrimineras. Det har dock uppstått en viss begreppsförvirring i en del litteratur,<sup>15</sup> där dessa två begrepp inte används för att beskriva två tillvägagångssätt med olika målsättningar utan istället används för att beskriva olika faser inom ramen för ett upphandlingsförfarande.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Se till exempel SOU 2010:56 där begreppet *upphandling av innovation* används genomgående synonymt med begreppet förkommersiell upphandling, (Upphandling av FoU-tjänster).

<sup>16</sup> Se Bilaga 1 till SOU 2010:56 för en schematisk visualisering av hur terminologin kring begreppet innovationsupphandling handhas i den utredningen.



Enkelt uttryckt ligger alltså skillnaden mellan de två innovativa upphandlingsvarianterna framförallt i målsättningen. Viktigt att påpeka redan vid det här laget är att de inte på något sätt är motstridiga utan kan bägge vara en del i en innovationsupphandlingsprocess, samtidigt som de också kan användas separata.

I framställningen nedan kommer därav användningen av begreppen som beskrivning av olika faser i förfarandet undvikas och istället användas för att spegla hur olika frågor och beslut kan påverka och spegla de olika två synsätten. Användningen kommer dock att hållas relativt begränsad eftersom begreppsparet egentligen inte är juridiskt lämpligt och snarare används för att det är etablerat i innovationsforskningen. Därutöver behöver också ytterligare en term klargöras något mera ingående, *funktionsupphandlingen*. Här existerar ingen legaldefinition utöver att man i LOU möjliggör för myndigheten att använda *funktionskrav* i upphandlingsprocessens olika dokument. Används dessa funktionskrav alltså för att beskriva ett upphandlingsföremål är det fråga om en funktionsupphandling. Innehållsmässigt är det frågan om att öka flexibiliteten för upphandlande myndigheter hur man anger kraven för en önskad produkt genom att beskriva funktionen istället för en detaljerad teknisk specifikation.

Till syvende och sist behöver också en rent redaktionell fråga förtydligas och det är åtskillnaden mellan en *upphandlande myndighet* och en *upphandlande enhet*, där definitionen av den senare innefattar även andra organ än just myndigheter.<sup>17</sup> Dock är skillnaden inte av vikt för denna framställning varför huvudsakligen myndighetsbegrepp används, samtidigt som det som sägs även kan gälla upphandlande enheter.

---

<sup>17</sup> Jfr 2 kap. 19 § 2 stycket LOU.

## 1.6 Avgränsning

Ämnet innovationsupphandling är i sig ett mycket brett och komplext område, med ett antal olika underordnade problemområden varav långt ifrån alla är av juridisk karaktär. Istället rymmer ämnet, särskilt om man betraktar det ur ett perspektiv av innovationspolitik och innovationsfrämjande, många frågor som mera är lämpade för att utredas och diskuteras i en framställning i nationalekonomi. För detta arbete betyder det konkret att frågeställningarna respektive texten endast i liten omfattning kommer att befatta sig med ekonomiska aspekter av en innovationsupphandling så som lämplighet att välja upphandlingsform eller dylikt. Istället kommer fokus att ligga på de juridiska aspekterna av att man väljer att innovationsupphandla, som vilka förutsättningar som gäller för respektive upphandlingsfas, vilka juridiska risker som lagstiftningen kan exponera en upphandlande myndighet för och även hur man med föreslagen lagstiftning försöker att åstadkomma en positiv förändring. Utredningen kommer att hålla sig inom ramen för LOU, ett bedrivande av en innovationsupphandling inom ramen för LUF faller således utanför ramen för denna framställning.

Inom ramen för uppsatsen kommer de olika frågorna att problematiseras och konkretiseras, framförallt ur ett huvudsakligen neutralt perspektiv, men där fokus i vissa avseenden kommer att ligga på den upphandlande myndighetens perspektiv. Detta eftersom det är den parten som behöver göra flest ställningstaganden och ta flest beslut i en innovativ upphandlingsprocess. När det gäller den förkommersiella upphandlingen kommer utgångspunkten vara att myndigheten avser att få ett reellt marknadspris ur ren effektivitetshänsyn. Således utgår diskussionen kring eventuellt brott mot EUs regler om statsstöd, även om lösningar med olika delfinansieringar som träffas av dessa regler är tänkbara.

Avslutningsvis har de nya direktiven redan tangerats ovan men det återstår att konstatera att dessa kommer att kommenteras mera kortfattat än den idag gällande lagstiftningen, på vilken fokus kommer att ligga på. Det beror

framför allt på nyheten i direktiven och det korresponderade svenska lagförslaget, remissvar inkluderat.

## 1.7 Forskningsläget

Forskningsläget skiljer sig åt beroende på hur man väljer att närma sig problematiken. När det gäller den nationalekonomiska forskningen kring innovationer och innovationspolitik kan forskningsläget beskrivas som relativt gott, innovationens mekanismer och processer har studerats under relativt lång tid med en del modeller och metoder som resultat.<sup>18</sup> När det däremot kommer till den juridiska aspekten av hur upphandlingar och innovationer kan samspela och hur man stimulerar ett sådant samspel är forskningsläget avsevärt sämre. På ett internationellt plan finns en del forskning kring det så kallade SBIR-programmet<sup>19</sup> och även från andra staters införande av liknande program och lagstiftning, som Storbritannien. Från den Europeiska unionens sida finns det vidare en del empiri och ställningstaganden i de rapporter som ligger till grunden för de nya direktiven 2014/24/EU. För svensk del är forskningen dock mycket begränsad, framförallt när det gäller forskning av högre dignitet. Utredningarna 2010 och 2014 upptog förvisso till relativt stor del olika uttalanden kring innovationer, men förutom dessa finns egentligen endast ett antal rapporter från Vinnova och Konkurrensverket, samt någon enstaka akademisk uppsats, dock ingen på avancerad nivå.

## 1.8 Disposition

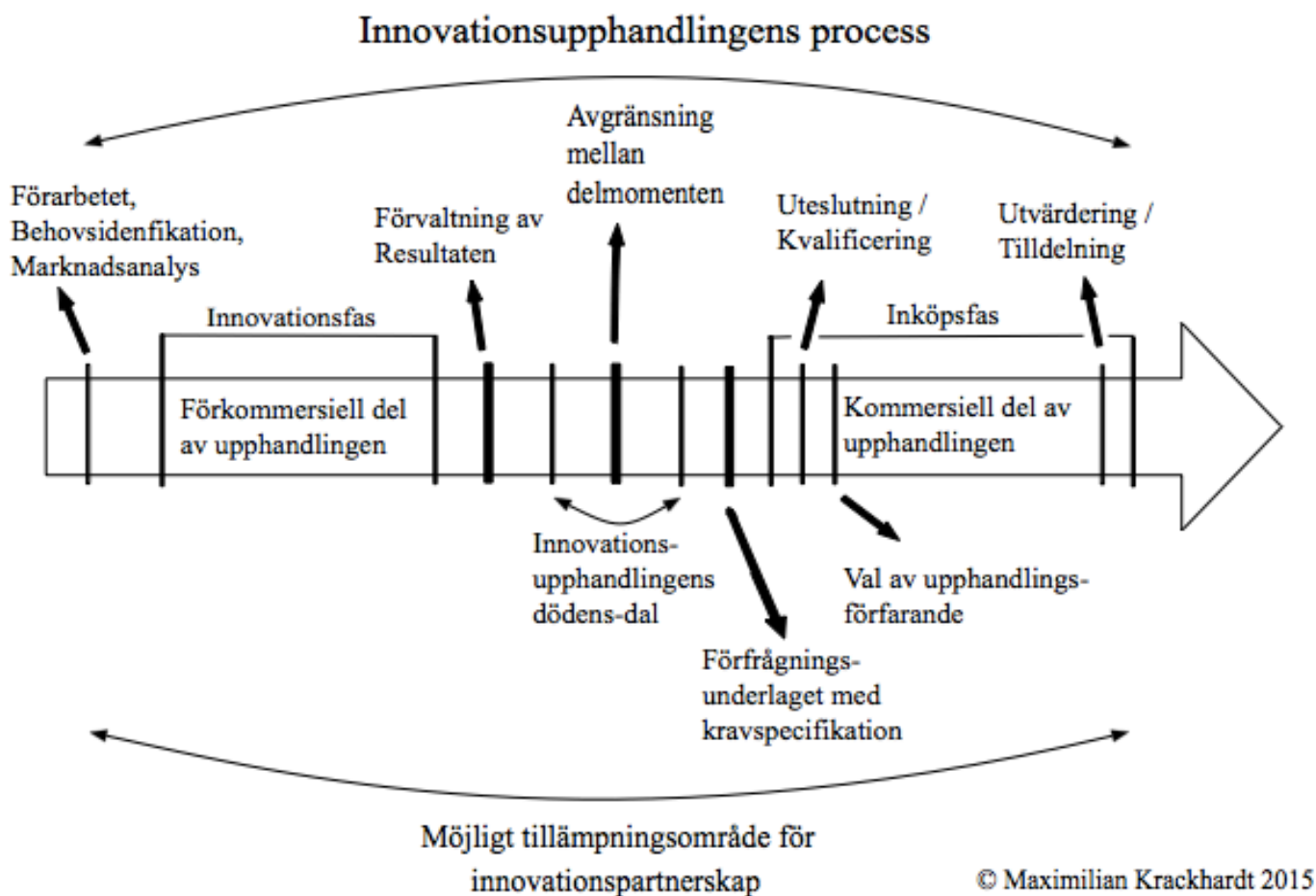
Uppsatsens utformning kommer att följa en tänkt tidslinje över innovationsupphandlingsprocessen i sin helhet. I början av denna tidslinje står det preliminära förarbetet inför upphandlingsprocessen varefter innovationsfasen och den förkommersiella upphandlingen inleds och bedrivs under en viss tid, fram tills att den innovativa varan eller tjänsten

---

<sup>18</sup> Här bör framförallt en relativt ny forskningsrapport från Konkurrensverket framhåvas: *Offentlig upphandling och innovation*, Uppdragsforskningsrapport 2014:5, skriven av Charles Edquist.

<sup>19</sup> SBIR står för Small Business Innovation Research, ett begrepp som bygger på den amerikanska *Small Business Innovation Research Act* från år 1982.

har nått ett stadium varvid denna kan komma att säljas till en slutanvändare, alltså kommersialiseras. Någon gång härefter tar sedan ett upphandlingsförfarande inom ramen för LOU vid, som syftar till ett inköp av den utvecklade varan eller tjänsten och härför benämns som inköpsfas. Härvid har upphandlingens process som sådan nått sitt slut och ett kapitel ägnas åt det nya förfarandet innovationspartnerskap som förenar både innovationsfasen och inköpsfasen och upptar sig med frågan om deras samspel, därför är den naturliga placeringen efter kapitlen om de respektive fas. Detta följs sedan åt av ett avslutande kapitel där rättsläget och övriga juridiska aspekter i innovationsupphandlingar kommer att analyseras och diskuteras ytterligare, utöver vad som redan har avhandlats och analyserats i den löpande framställningen. För att underlätta för läsaren att följa den ovan beskrivna tidslinjen och illustreras denna nedan, rubriksättningen blir därigenom avsevärt enklare att förstå.



## 2 Innovationsupphandlingens inledning

Som en första fas eller delmoment i den tänkta processen som detta arbete utgår ifrån, bör eller rentav måste den upphandlande myndigheten företa ett strukturerat och väl genomfört förarbete. Att ett sådant arbete behövs är inte unikt för en innovativ upphandling som söker efter nya lösningar, utan är istället ett accepterat faktum för nästan alla former av upphandlingsprocesser.<sup>20 21</sup> Själva förarbetet kan beskrivas som en slags inledning och tjänar både till att få en bild över problematiken som myndigheten avser att lösa genom upphandlingen, hur marknaden för sådana lösningar ter sig och även vilka juridiska frågor eller risker som kan uppkomma under hela processen. Inte minst är detta viktigt för att inte ge marknaden ett alltför stort kunskapsövertag när upphandlingen väl inleds. Detta kapitel kommer att fokusera på allmänna juridiska överväganden och frågor som kan uppkomma i förarbetsfasen. När myndigheten väljer att bedriva denna fas genom så kallad förkommersiell upphandling, som är en möjlig strukturform för förarbetet, hänvisas till nästföljande kapitel.

### 2.1 Förarbete och innovation

Före en större fördjupning i förarbetets olika aspekter är det av visst intresse att definiera en upphandlingsprocess början i tid för att avgöra om och vilken upphandlingslag som är tillämplig. I förarbetena till nuvarande LOU uttalades att en upphandling anses påbörjad när myndigheten antingen har valt ett upphandlingsförfarande eller på något sätt begärt in anbud från marknaden, vilket dera som sker först i tid.<sup>22</sup> Eftersom det i ett såhär tidigt skede i processen, knappast kan vara fråga om att myndigheten har företagit något som anses uppfylla något av dessa rekvisit, ter det sig naturligt att

---

<sup>20</sup> Antalet undantag från detta är mycket få, i så fall bör det vara fråga om direktupphandling av varan eller tjänsten och att dessas egenskaper och prisbild är väl kända av myndigheten.

<sup>21</sup> Bergman, Mats, m.fl.: *Offentlig Upphandling - På rätt sätt och till rätt pris*, Lund 2011, s. 63f.

<sup>22</sup> Prop. 2006/7:128 s.447.

konstatera att upphandlingslagarna som sådana inte är tillämpliga på förarbetet. Enligt doktrin är dock rättsläget mer komplicerat än så. Eskil Nord framhäver att det även under förarbetet tas ett antal beslut som med EU-domstolens extensiva tolkning av beslutsbegreppet, i bl.a. målet C-26/03 *Stadt Halle*, leder till att även beslut under förarbetesskedet kan ligga till grund för överprövning enligt lagstiftningen.<sup>23</sup> Trots att det inte finns någon reglering kring detta skede i LOU eller något av de gamla eller nu gällande direktiven, får ett sådant rättsläge dock två huvudsakliga konsekvenser: Dels kan dessa beslut överklagas och dels innebär detta att de upphandlingsrättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU är tillämpliga i princip från den tidpunkt då ett beslut om upphandling har tagits. Rättsläget är förvisso allt annat än säkert, samtidigt som en reglering där principerna inte gäller för hela upphandlingsprocessen framstår som stridig mot direktivens grundläggande intressen.<sup>24</sup>

Förarbetets betydelse är särskilt stor när upphandlingen är avsedd att bli en innovativ sådan, eftersom en sådan skiljer sig från en mera traditionell upphandling på ett antal punkter. Där den traditionella upphandlingen bygger på en klar behovsbild, kända lösningar och oftast en känd marknad med god konkurrens<sup>25</sup>, så behöver detta inte vara fallet när det gäller att upphandla en innovativ vara eller tjänst. Istället måste en upphandlande myndighet få klarhet i vilka lösningar man eftertraktar, samtidigt som själva produkten, och därmed dess marknad, möjligtvis ännu inte existerar och konkurrensen således är oklar eller obefintlig. Samtidigt måste det också framhävas att man i ett så tidigt skede sällan kan avgöra om upphandlingsföremålet måste bli innovativt. Kunskapen om existerande lösningar och marknaden blir avgörande.

---

<sup>23</sup> Eskil Nords kommentar till 2 kap. 13 § LOU I: *Karnov rättsdatabas*, <http://juridik.karnovgroup.se>

<sup>24</sup> Jfr beaktandesats (1) i Direktiv 2014/24/EU.

<sup>25</sup> I praktiken används ofta förkortningen COTS (Commercial, off the shelf) för att beskriva sådan upphandling av en existerande vara eller tjänst.

## 2.1.1 Behovsidentifiering

Det framgår av oklarheten och den stora mängden frågetecken som en upphandlande myndighet står inför i detta skede att myndigheten först och främst måste komma fram till och tydligt formulera sina egna behov.<sup>26</sup> Behovet av en sådan behovsanalys eller behovsidentifiering framgår rentav av rättspraxis<sup>27</sup>, om än att en sådan behovsidentifiering har beskrivits som ett av de mest tidsödande moment.<sup>28</sup> Behovsidentifieringen är på sätt och vis ett juridiskt sett okomplicerat skeende i upphandlingsprocessen, eftersom de överväganden den upphandlande myndigheten gör är mer av en ekonomisk art.<sup>29</sup> Men man måste vara medveten om att behovsidentifieringen och nästkommande steg, marknadsanalysen, är intimt förknippade med varandra på det sättet att myndigheten efter en genomförd marknadsanalys teoretiskt kan vilja ändra på sin behovsidentifiering. Som det påtalats tidigare är förarbetet i detta skede oreglerat, således finns det ingen konkret rättsregel som hindrar en upphandlande myndighet att förändra sin behovsidentifiering i efterhand. Samtidigt är det dock etablerat att de EU-gemensamma upphandlingsrättsliga principerna är tillämpliga i alla skeden av en upphandling, så som har etablerats ovan. Principerna om icke-diskriminering och likabehandling kan här begränsa myndighetens handlingsutrymme på det sättet att om myndigheten upptäcker att en viss vara eller tjänst redan finns eller håller på att utvecklas så måste man vara försiktig för att inte förändra behovsidentifieringen för att anpassa den till just denna vara eller tjänst. Överlag är det dock så att behovsidentifieringen ger myndigheten stort spelrum. Spelrummet begränsas endast i viss(om än för innovativa upphandlingar högst intressant) omfattning genom det nya klassiska direktivet, där det anges att om myndigheten avser att använda sig av förfarandet innovationspartnerskap<sup>30</sup> måste myndigheten i de så kallade

---

<sup>26</sup> Exempel på detta finns bl.a. i Energimyndighetens slutrapport ”*Innovationsupphandling inom miljöteknik, ett regeringsuppdrag*”, ER 2014:25, s. 10ff.

<sup>27</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5798-13.

<sup>28</sup> Prop. 2013/14:133, s. 18.

<sup>29</sup> Hit hör också frågan om ex-house eller in-house produktion, här utgås ifrån utgångspunkten att en ex-house-lösning väljs av myndighet. Internt innovationsarbete inom myndigheten berörs dock i vissa delar av detta arbete.

<sup>30</sup> Se kapitel 5 för ytterligare utredning och kommentarer angående innovationspartnerskapet.

upphandlingsdokumenten<sup>31</sup> identifiera behovet av en innovativ vara eller tjänst, som inte kan tillgodoses genom existerande lösningar på marknaden.<sup>32</sup> Bestämmelsens andemening har även inkluderats i lagförslaget om en ny LOU.<sup>33</sup> Rättsläget är dock oklart hur högt detta krav ställs på myndigheten och med vilka bevismedel ett sådant behov måste styrkas för att godtas av tillsynsmyndigheter och domstolar.

## 2.1.2 Marknadsanalys/Marknadsinformation

En annan del i det preliminära förberedelsearbetet är den del som berör marknaden, framförallt marknadsanalysen. Analysen kan antingen göras av myndigheten själv eller också upphandlas separat som en tjänst inom ramen för den innovativa upphandlingen<sup>34</sup>, något som i sin tur aktualiserar frågor om till exempel utformning av förfrågningsunderlag inför en sådan upphandling och eventuell dubbel medverkan.<sup>35</sup> Om myndigheten väljer att själv företa analysen kan bristen på konkret reglering återigen relativt fritt förfoga över processen med undantag för principernas tillämpning. Ett koncept som har använts av Trafikverket är det så kallade RFI-konceptet, där man annonserar ut att myndigheten avser att inhämta information som sedan intresserade anbudsgivare kan skicka in. Metoden har den stora fördelen att risken för brott mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprinciperna är mindre, eftersom myndigheten i princip informerar hela marknaden på en gång.

Dock är det högst oklart om just en annons om information kan anses vara en sådan annons genom vilket anbud inhämtas och en upphandling således anses påbörjad. Begreppet anbud som sådant finns inte definierat, men det föreslås att det bör innefatta i vart fall ett konkret anbud med olika ekonomiska faktorer så som leveransstorlek, pris eller liknande. Under förutsättning att myndigheten formulerar ett RFI tillräckligt tydligt för att

---

<sup>31</sup> Enligt artikel 2 1 stycket 13 punkten definieras dessa så som alla dokument som myndigheten använder för att ”beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen [...]”.

<sup>32</sup> Artikel 3 1 punkten 2 stycket.

<sup>33</sup> Se Ds. 2014:25, Del 1, s. 48f.

<sup>34</sup> Exempelvis så som Energimyndigheten gjorde till AB Miljöstyrningsrådet, se Energimyndighetens slutrapport ER 2014:125, s. 11.

<sup>35</sup> Rättsläget för sådan medverkan utreds i avsnitt 3.4.2.



undvika att sådana anbud lämnas in, är risken förmodligen liten att upphandlingsprocessen anses påbörjad. Som ett alternativ kan marknadsanalysen också ske i samband med marknadsinformation till exempel på informationsdagar, workshops eller seminarier, där myndigheten presenterar kommande upphandlingar i god tid samtidigt som man sonderar marknaden efter intresserade anbudsgivare.<sup>36</sup> Sådan kontakt med marknaden inför en kommande upphandling är i brist på uttrycklig reglering som skulle tyda på motsatsen som utgångspunkt tillåtet.<sup>37</sup> Dessutom bekräftas detta av ett stadgande i artikel 40 i det nya klassiska direktivet, enligt vilken ”preliminära marknadsundersökningar” är tillåtna i syfte att både informera och nå nya kunskaper och insikter. Artikelns andra stycke påpekar också åter vikten av att den upphandlande myndigheten vid sådan kontakt förhåller sig till principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

## 2.2 Tröskelvärden

Bestämmandet av den kommande upphandlingens totala värde enligt 3 kap. LOU är ytterligare en viktig aspekt i förarbetet, då detta avgör en rad kritiska frågor, bland annat om annonseringsskyldighet och upphandlingsform<sup>38</sup>. Denna så kallade tröskelvärdesberäkning måste genomföras i ett förberedelseskede enligt doktrin.<sup>39</sup> Enkelt uttryckt är det härvid frågan om att ta ett ekonomiskt helhetsgrepp om upphandlingens uppskattade och på objektiva grunder förutsebara kostnader.<sup>40</sup> 3 kap. 3 § ger vid handen att det är frågan om att det ”totala belopp som skall betalas enligt kontraktet”. Således måste rimligen gälla att samtliga transaktioner, såväl monetära som icke-monetära, ska räknas med.<sup>41</sup> Det har dock hävdats

---

<sup>36</sup> Ett bra exempel härpå är Trafikverkets anskaffningsplan: [http://www.trafikverket.se/contentassets/1b5a0ef3230541aa91a9e8278d63cb51/trafikverket\\_s\\_inkopstidplan\\_2015\\_04\\_01.pdf](http://www.trafikverket.se/contentassets/1b5a0ef3230541aa91a9e8278d63cb51/trafikverket_s_inkopstidplan_2015_04_01.pdf)

<sup>37</sup> Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, Volume 1, London 2014 s. 650f.

<sup>38</sup> För en diskussion kring valet av upphandlingsform och deras förenlighet med innovationsupphandling, jfr kapitel 4.

<sup>39</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, Stockholm 2013, s. 59.

<sup>40</sup> Se Förordning (SFS 2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling för konkreta monetära värden för trösklarna.

<sup>41</sup> Arrowsmith, Sue: a.a. s. 457.

att myndigheten här har en viss skönsmarginall att förhålla sig efter.<sup>42</sup> Paragrafen stipulerar vidare att möjliga options- och förlängningsklausuler i beräkningen ska ses som utnyttjade, vilket kan bli intressant om en myndighet väljer att strukturera en innovativ upphandling med hjälp av sådana klausuler.<sup>43</sup> För långvariga upphandlingar, som innovationsupphandlingar mycket väl kan vara med hänsyn till innovationsinsatsen som behövs, är vidare 3 kap. 4 § av intresse där tidpunkten för värderingen anges vara vid annonseringen. Det finns också en provision för fallet att annonsering inte är föreskriven,<sup>44</sup> men det kan antas med visst fog att den absoluta majoriteten av innovativa upphandlingar lär gå över denna tröskel. Överlag är detta en genomgående aspekt när det gäller tröskelvärdesberäkningen, då det förefaller sannolikt att flertalet innovationsupphandlingar med god marginal kommer att överstiga samtliga tröskelvärden.

För innovationsupphandlingar, särskilt om det inom ramen för förarbetet genomförs en förkommersiell upphandling, är det vidare intressant huruvida kostnader för just förarbetet ska inkluderas i beräkningen. Svaret får sökas i dels 3 kap. 3§ där det talas om belopp som ska betalas enligt kontraktet, således bör andra kostnader än den transaktionen inte räknas med. Även doktrinen bekräftar denna ståndpunkt genom att fokusera på begreppet transaktion, som ju måste härröra ur kontraktet<sup>45</sup>. Samtidigt kompliceras bilden av att man under innovationsfasen mycket väl kan skriva kontrakt med leverantörer. Såvida dessa dock skrivs under det så kallade FoU-undantaget i LOU 1 kap. 6 § är lagstiftningen inte tillämplig och värdena bör inte räknas med i tröskelvärdesberäkningen. Sammanfattat är det alltså vid tröskelvärdesberäkningen frågan om kontraktsvärdet, inte nödvändigtvis projektvärdet.

---

<sup>42</sup> Arrowsmith, Sue: a.a. s.456.

<sup>43</sup> Options- och förlängningsklausuler har den stora fördelen att de möjliggör en bättre riskhantering.

<sup>44</sup> I så fall är det tidpunkten för anbudsinbjudan gentemot leverantörer som avgör, jfr diskussionen kring processens början ovan.

<sup>45</sup> Arrowsmith, Sue: a.a. s. 457f.

Samtidigt är det viktigt att ha i åtanke att det ovan sagda speglar det nu gällande rättsläget enligt svensk rätt, ett rättsläge som till viss del modifieras genom de nya direktiven. Om rättsläget ändras är avhängigt av myndighetens val av upphandlingsförfarande.<sup>46</sup> Vid ett val av det redan nämnda innovationspartnerskapet berörs nämligen just frågan huruvida kostnader för en förkommersiell upphandling, som kan beskrivas som ett förberedelseskede, ska räknas med. Svaret från direktivet är att både det man kallar ”*forsknings- och utvecklingsverksamheter*” och det slutgiltiga upphandlingsföremålet myndigheten köper in ska räknas med i det totala beloppet.<sup>47</sup> Således utvidgas tröskelvärdesbegreppet relativt mycket, vilket dels stärker argumentet att de absolut flesta innovationsupphandlingarna kommer att överstiga trösklarna och dels försvårar rättsläget eftersom myndigheten på sätt och vis måste föregripa processen och utreda frågan om innovationspartnerskapet ska användas.<sup>48</sup>

## 2.3 Annonsering

Annonseringsfrågan är på sätt och vis det sista steget för en upphandlande myndighet i den här preliminära förarbetsfasen. Teoretiskt sett beror frågan om annonseringsskyldigheten på tröskelvärdesberäkningen, men i linje med det ovan sagda att de flesta innovationsupphandlingar kan antas överstiga de trösklarna med god marginal, är detta mer en teoretiskt fråga i sammanhanget.

Rättsläget för annonseringen av upphandlingar är i sig nästan helt klarlagt. Enligt 7 kap. 1 § LOU skall en upphandlande myndighet annonsera en upphandling vid den tidpunkten då ”*myndigheten avser att tilldela*” ett sådant. Ett undantag från denna huvudregel är om ett förhandlat förfarande utan annonsering får användas enligt 4 kap. 5-8 §§ LOU. Skyldigheten att

---

<sup>46</sup> Rättsläget är dock oförändrat när det gäller att valet av upphandlingsföremål, exempelvis vissa tjänstekontrakt enligt 3 kap. 11-12 §§ LOU, avgör hur tröskelvärdet ska beräknas. Jfr artiklarna 5.7-5.14 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>47</sup> Artikel 5.6.

<sup>48</sup> Frågan om upphandlingsförfarandet bedöms egentligen först under ett senare skede än ett tidigt förarbete. Jfr avsnitt 4.1.

annonsera<sup>49</sup> har enligt praxis<sup>50</sup> getts en mycket vidsträckt innebörd, en slutsats som även bekräftas av doktrinen då undantaget i praxis har bedömts ha en restriktiv tillämpning, *e-contrario* blir huvudregeln en omfattande sådan.<sup>51</sup> Överlag kan det konstateras att det närmast föreligger en absolut annonseringsskyldighet för myndigheten.

Utöver detta innehåller dock bestämmelserna i 7 kap. LOU inga ytterligare stadganden som berör frågan kring vad annonsen ska innehålla, även om man från europeiskt håll dock i viss utsträckning har klargjort frågan om innehåll i den så kallade annonsförordningen.<sup>52</sup> För svensk del har lagstiftaren dock valt att istället fragmentera bestämmelser om annonsers innehåll i berörda delar av upphandlingslagstiftningen och gjort kravet på innehåll beroende av bl.a. valet av upphandlingsförfarande. Gemensamt är dock framförallt att myndigheten genom annonsen meddelar på vilket sätt man önskar få in anbud respektive anbudsansökningar.<sup>53</sup> Överlag samspelar annonsen i stora delar med de övriga av upphandlingsdokumenten, framförallt förfrågningsunderlaget.<sup>54</sup> Den viktiga skillnaden ligger i att annonsen ligger tidigare i tiden än förfrågningsunderlaget och därigenom blir ett sätt för myndigheten att kommunicera med hela marknaden, innan ett eventuellt urval bland anbudsansökningar. Dessutom är annonseringen också ett slags startskott, eftersom många av de lagstadgade tidsfristerna i 8 kap. LOU tar sin utgångspunkt i just tidpunkten för publicering av annonsen.

---

<sup>49</sup> Annonsen publiceras i bl.a. Europeiska Unionens officiella tidning samt Tenders Electronic Daily, se Pedersen a.a., s. 76. Utöver detta kan även privata databaser så som Visma Opic användas.

<sup>50</sup> På området finns ett antal avgöranden från EU-domstolen, mest framstående är C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike*, p. 35ff. Det finns även ett svenskt avgörande från Högsta domstolen som behandlar frågan om utebliven annonsering kan utgöra grund för en tillämpning av 16 kap. LOU, NJA 2002 s. 712.

<sup>51</sup> Rosén Andersson, Helena m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Kommentrar till 7 kap. 1 § LOU, s.329f.

<sup>52</sup> Förordning (EU) nr 842/2011 av den 19 augusti 2011.

<sup>53</sup> Se 9 kap. 1 § LOU.

<sup>54</sup> För ett mer utförligt resonemang kring förfrågningsunderlagets innehåll hänvisas till avsnitt 4.2.

# 3 Innovationsfas - Förkommersiell Upphandling

Ett sätt att strukturera ett förarbete är att använda sig av den så kallade förkommersiella upphandlingen, som är en upphandling av innovation, där hela avsikten således är att utveckla nya lösningar. Den förkommersiella upphandlingen ligger i ett tidsspänn efter det preliminära förarbetet, som har diskuterats ovan, och före en eventuell kommersiell upphandling av de varor eller tjänster man utvecklar under denna fas. En förkommersiell upphandling äger således rum under en fas som brukar kallas innovationsfasen.<sup>55</sup>

## 3.1 Definition

Innan man diskuterar de legala aspekterna av en förkommersiell upphandling måste denna först definieras entydigt, varvid man kan konstatera att en legaldefinition saknas i svensk rätt. Likaså saknas en sådan i europeisk primärrätt. EU-kommissionen har emellertid i ett meddelande<sup>56</sup> föreslagit en definition som innebär ”[...] *en metod för upphandling av FoU-tjänster förutom dem som uteslutande är till förmån för den upphandlande myndigheten under förutsättningen att dessa tjänster helt finansieras av den upphandlande myndigheten*”<sup>57</sup>. Definitionen förtydligas vidare av kommissionen som uttalar tre karakteristiska faktorer för denna metod; Att den enbart omfattar FoU-tjänster, att det sker en fördelning av risker och fördelar samt att det är en konkurrenskraftig upphandling utan statligt stöd.<sup>58</sup> Överlag är denna definition relativt allmänt hållen, även om det måste påpekas att kommissionen väljer att begränsa vikten av denna definition som rättskälla genom att inskränka den till att gälla enbart i det aktuella meddelandet.<sup>59</sup> I brist på ytterligare uttalanden i Unionsrätten gällande definitionsfrågan är det dock tveksamt om kommissionens definition inte

---

<sup>55</sup> Alternativt FoU-fasen, jfr Edquist a.a. s. 30.

<sup>56</sup> KOM (2007) 799 slutlig, publicerat den 14 december 2007.

<sup>57</sup> KOM (2007) 799 slutlig, s. 2.

<sup>58</sup> KOM (2007) 799 slutlig, s. 2f.

<sup>59</sup> KOM (2007) 799 slutlig, s. 2

skulle få ett betydande inflytande, vilket den till synes har fått genom att VINNOVA använder sig av denna definition i sina dokument.<sup>60</sup> Dessutom hänvisas också uttryckligen till kommissionens meddelande och den däri befintliga definitionen i beaktandesats (47) 2 andra stycket i det nya klassiska direktivet. Således är det rimligt att anta att definitionen i meddelandet har *de facto* blivit en allmängiltig legaldefinition av begreppet för direktivets tillämpningsområde.

När det gäller svensk rätt har vi redan konstaterat att det saknas en legaldefinition. I rättskällorna finns bara uttalanden i SOU 2010:56, där förslaget till vad utredningen kallar för *lag om förkommersiell upphandling* i sin 1 § innehåller en definition, som tar uttryckligen sikte på det så kallade FoU-Undantaget i 1 kap. 6 § LOU. Med andra ord gäller det för myndigheten att inom ramen för sitt förarbete utreda huruvida FoU-undantaget överhuvudtaget är tillämpligt. Dessutom föreslog man vidare att konkretisera definitionen i 4 § samma lag till att innefatta ett ”*förfarande för upphandling av [FoU-tjänster] i syfte att få tillgång till innovativ produkt till gagn för myndigheten*”.<sup>61</sup> Dessutom skulle definitionen kompletteras av att en förkommersiell upphandling skulle få innehålla maximalt tre faser och att den upphandlade myndigheten skulle företa ett urval mellan dessa faser.<sup>62</sup> Denna definition skiljer sig i detalj något från den i FoU-undantaget, vilket vi ska analysera mer ingående nedan. Skillnaden ligger framförallt i kravet att produkten ska dels vara innovativ och dels vara myndigheten till gagn. Definitionen hade alltså blivit beroende dels på en legaldefinition av begreppet ”innovativt” och ett resonemang kring ”till gagn för myndigheten”.

Samtidigt måste här sägas att utredningens förslag aldrig ledde till varken en proposition eller en gällande lag. Med andra ord är definitionens värde

---

<sup>60</sup> Se bl.a. VINNOVA, *Förkommersiell Upphandling – En handbok för att genomföra FoU-upphandlingar*, Rapport VR 2013:09, s. 7f.

<sup>61</sup> SOU 2010:56, s. 43.

<sup>62</sup> SOU 2010:56, s. 43, i den föreslagna 4 § 2 och 3 stycket.

begränsad till att bara vara en möjlig utformning av den. Lagförslagets definition är dock fortfarande till hjälp för förståelsen av konceptet: Ett förfarande som faller utanför tillämpningsområdet av LOU och därmed egentligen inte är en upphandling i rättslig mening utan endast delar namnet, eftersom förfarandet tillåter den upphandlande myndigheten att på ett relativt flexibelt sätt och under konkurrens, alltså med flera anbudsgivare, upphandla innovationer i form av forsknings- och utvecklingsresultat.

### 3.1.1 FoU-undantaget

Undantaget för forskning och utveckling i LOU<sup>63</sup> är ett av de så kallade särskilda undantagen från upphandlingskyldighet enligt LOU och bygger på direktivtext ur det gamla klassiska upphandlingsdirektivet.<sup>64</sup> Bägge undantagen är språkmässigt identiska med direktivtexten och har tillkommit med ett uttryckligt syfte att stimulera innovativt skapande genom just forskning och utveckling.<sup>65</sup>

I sammanhanget med innovativa upphandlingar är det intressant att paragrafen innehåller undantagsformuleringar i sig själva, med den innebörden att LOU blir tillämpligt på FoU-tjänster som dels endast kommer den aktuella myndigheten till godo samt som uteslutande betalas av denna myndighet.<sup>66</sup> Om man betraktar hur en förkommersiell upphandling rent teoretiskt används för att tillse att myndigheten erhåller vissa FoU-resultat som man sedan kan använda i en senare kommersiell upphandling, ger detta upphov till frågan under vilka omständigheter undantaget från upphandlingslagarna är aktuell? Att undantaget är tillämpligt är ju som vi har sett en del av legaldefinitionen för hela konceptet. Här måste sägas att lagrummet aldrig har prövats i varken svensk eller europeisk praxis. Endast direktivtexten, lagstiftning och doktrin finns att tillgå för att etablera rättsläget. Enligt förarbetsuttalanden med stöd av unionsrättslig praxis är det dock en allmänt accepterad princip att dessa undantag ska tillämpas restriktivt och att den som hävdar tillämpligheten också har bevisbördan för

---

<sup>63</sup> Se 1 kap. 6 § 1 st. 6 p.

<sup>64</sup> Se Direktiv 2004/18/EU, Artikel 16.

<sup>65</sup> Beaktandesats (163) till Direktiv 2004/18/EU.

<sup>66</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 1 kap. 6 § LOU, s. 72.

detta.<sup>67</sup> Med denna restriktivitet i åtanke måste man utreda de två rekvisiten i undantaget. Först och främst är det en fråga om vem resultaten av en FoU-tjänst tillkommer och detta måste vara minst någon annan förutom myndigheten, där det med resultat rent praktiskt handlar mest om immateriella rättigheter. I doktrin har man laborerat med en möjlig lösning på denna fråga genom att göra kretsen ”*annan än själva myndigheten*” väldigt bred<sup>68</sup>, rentav så bred att denna inte behöver kunna konkretiseras. Så länge myndigheten ställer resultaten till allmänhetens förfogande så bör rekvisitet inte anses uppfyllt. I förlängningen menar man i doktrinen också att det är just detta undantag som möjliggör statlig finansiering av forskning vid exempelvis högskolor och andra forskningsanstalter.<sup>69</sup> Dock vore det önskvärt om undantagets tillämplighet faktiskt prövats av domstol för att kunna studera om doktrinens antagande om kretsen stämmer.

Därutöver finns också det finansiella undantaget genom vilket stipuleras att det inte endast får vara myndigheten som ensamt står för betalning av tjänsten. Denna fråga är aningen mer okomplicerad för myndigheten eftersom det endast är fråga om hur man strukturerar den finansiella frågan. Däremot skulle man kunna tänka sig ett scenario där den forskande enheten eller företaget åtar sig att stå för en del av kostnaderna, men om en sådan struktur är att anse som fallande under undantaget är oklart.<sup>70</sup>

Sammantaget uppstår en bild där rättsläget för tillämpningen av undantaget är oklart, främst eftersom undantaget förblir oprövat. Samtidigt är det dock inte helt klart om denna rättsosäkerhet får några större konkreta konsekvenser eftersom rekvisiten är kumulativa och det således räcker att ett av dem inte uppfylls för att tjänsten inte ska behöva upphandlas enligt LOU.<sup>71</sup> Tyvärr har man inte tagit tillfället i akt att genom de nya direktiven införa en klarare eller förtydligande reglering av FoU-undantaget, utan

---

<sup>67</sup> Prop. 2006/07:128, s. 291.

<sup>68</sup> Ulfsson Forsell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 1 kap. 6 §*, Lexino 2013-05-01

<sup>69</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 422.

<sup>70</sup> Observera att en sådan struktur dock aktualiserar frågan om statsstöd, jfr Avsnitt 1.6.

<sup>71</sup> Arrowsmith, Sue: a.a., s. 422f.



endast tillfogad att upphandling med vissa CPV-koder ska anses falla under direktivets tillämpning, men endast under samma förutsättningar som nu gällande lagstiftning. Arrowsmith<sup>72</sup> framhäver dock beaktandesatsen (35) till det klassiska direktivet så som intressant. Detta då den dels till viss del avgränsar vad som avses med det första rekvisiteten genom att etablera att om myndigheten endast publicerar en summering av processen så anses resultaten endast komma myndigheten till gagn, även om det förutsätter att myndigheten får alla andra resultaten. Dels innehåller satsen en uppmaning till försiktighet till domstolarna om att undantaget kan vara ett kryphål för upphandlande myndigheter att undkomma upphandlingsskyldighet, något som även KKV till synes håller med om då just FoU-undantaget finns upptaget på en exemplifierande lista över otillåtna direktupphandlingar.<sup>73</sup>

Med rådande rättsläge kan man konstatera att det finns visst fog för detta, då oklarheten i undantagets räckvidd öppnar för ett potentiellt missbruk. Samtidigt är osäkerheten förmodligen mindre betungande för konceptet förkommersiell upphandling, då vidden av undantaget är relativt stor under förutsättning att man når upp till restriktivitetens höga tröskel för undantag från upphandlingsskyldighet.

## **3.2 Den statliga utredningen om Innovationsupphandling**

Även om det har tangerats kort ovan är det ofrånkomligt att här djupare diskutera betänkandet SOU 2010:56 med det passande namnet *Innovationsupphandling*. Utredningens uppdrag gick ut på att dels utreda förutsättningar för offentlig innovationsupphandling i Sverige och dels lämna förslag till åtgärder för att öka tillämpningen av densamma. Därutöver skulle uppdraget omfatta en utredning enligt uppdraget inom ramen för både förkommersiell upphandling såväl som det som kommittédirektivet kallar för *"innovativa ansatser vid kommersiell*

---

<sup>72</sup> Arrowsmith, Sue: a.a., s. 423.

<sup>73</sup> <http://www.kkv.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/Tillsyn/upphandlingsskadeavgift/otillatna-direktupphandlingar/fler-exempel-typsituationer-av-otillatna-direktupphandlingar/>

*upphandling*".<sup>74</sup> Utredningen gav en tämligen heltäckande bild över vilka rättsliga förutsättningar som existerar och även vilka utmaningar som en användning av innovativa synsätt kan ha på bägge faserna. Den är mycket omfattande och diskuterar även en del aspekter som är av mindre intresse i detta sammanhang, så som katalytiska upphandlingar et. al. Däremot finns det två aspekter som är av stort intresse inom ramen för innovationsupphandlingar i allmänhet: Dels föreslog man i utredningen att i 1 kap. 9a § LOU vid sidan av kraven om att myndigheter i upphandlingar bör beakta miljö- och sociala hänsyn också bör beakta vad man kallade för "*innovationshänsyn*".<sup>75</sup> Regleringen föreslogs medvetet att också vara ett målsättningsstadgande i likhet med de två andra kraven och således inte skulle ge upphov till rättsliga krav på myndigheten.<sup>76</sup>

Den andra aspekten stort intresse fokuserar helt på den förkommersiella upphandlingen: Utredningen föreslog införandet av en särskild lag om förkommersiell upphandling (förkortat LFU). Huvudsyftet med lagen, vars efterlevnad föreslogs förbli frivillig, angavs vara att säkerställa att de grundläggande unionsrättsliga principerna<sup>77</sup> följs även under en förkommersiell upphandling. Som vi har sett i föregående kapitel är dessa principer ju tillämpliga i hela förfarandet, inte bara i den del som täcks av direktiven.<sup>78</sup> Teorin bakom var att i och med att en upphandlande myndighet följde lagen så skulle denna inte behöva oroa sig över att bryta mot dessa principer.<sup>79</sup>

### **3.2.1 Utredningens förslag till lagstiftning**

Lagförslaget till en LFU är intressant i detta sammanhang då det är det första försöket att på ett juridiskt sätt närma sig frågan om förkommersiella upphandlingar. Utöver den föreslagna lagens första och fjärde paragrafer och de däri föreslagna definitionerna, vilka har diskuterats ovan, innehåller lagförslaget även flera andra principiellt intressanta punkter. Överlag

---

<sup>74</sup> Kommittédirektiv 2009:104, s. 8.

<sup>75</sup> SOU 2010:56, s. 218ff.

<sup>76</sup> SOU 2010:56, s. 220.

<sup>77</sup> Jfr 1 kap. 9 § LOU.

<sup>78</sup> Se bland annat avsnitt 2.1.1.

<sup>79</sup> SOU 2010:56, s. 197ff.

orienterar lagförslaget sig på LOU i sin struktur där vissa paragrafer är antingen identiska till sin formulering eller mycket snarlika, i vart fall till paragrafens andemening. Ett bra exempel är lagförslagets 17 § om uteslutning av leverantör som är relativt snarlik 10 kap. 1 § LOU. En viktig likhet är dessutom att man övertar formuleringen i 1 kap. 9 § LOU om de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och infogar dessa i 2 § av förslaget, en vital del då ju hela syftet med lagen avsågs vara principernas efterlevnad.

En intressant skillnad är dock lagförslagets 14 §, där det föreslogs att den upphandlande myndigheten inför bedömning av en ansökan eller inför varje av de tre faserna som nämnts i 4 § skulle få förhandla med leverantörerna och att detta skulle få ske utan att några konkreta rekvisit skulle behöva uppfyllas. Med andra ord hade detta inneburit en betydligt större frihet i kommunikationen mellan de potentiella leverantörerna och den upphandlande myndigheten vid en jämförelse med LOU, där sådan förhandling som utgångspunkt är strikt förbjuden. Endast under vissa omständigheter får en upphandlande myndighet enligt dessa lagar förhandla eller ens föra en dialog med potentiella leverantörer, alltså när det finns förutsättningar att använda sig av ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering<sup>80</sup> eller också den så kallade konkurrenspräglade dialogen.<sup>81</sup> Till saken hör dock att den konkurrenspräglade dialogen inte var ett upphandlingsförfarande enligt LOU, utan infördes år 2010, alltså samma år som lagförslaget lades fram.<sup>82</sup> Det är i sammanhanget intressant att utredningen inte närmare kommenterar sin föreslagna formulering av förhandlingsmöjligheten när behovet av ett förtydligande närmast är uppenbar, framförallt i ljuset av att lagen hade som huvudsyfte att erbjuda efterlevnad av unionsrättsliga principer.<sup>83</sup> Särskilt principerna om transparens och likabehandling skulle vara lätta att bryta mot när myndigheten och olika leverantörer skulle ha fått möjligheten att förhandla.

---

<sup>80</sup> Se 4 kap. 2 § respektive 4 kap. 5 § LOU.

<sup>81</sup> Se 4 kap. 10-22 §§ LOU.

<sup>82</sup> Ändring i LOU genomfördes genom SFS 2010:571.

<sup>83</sup> SOU 2010:56, s. 321.

Att utforma sådana förhandlingar så att de uppfyller principerna hade blivit en konkret utmaning för upphandlande enheter.

Ytterligare av intresse är lagförslagets 21 §, om tilldelning av kontrakt där det sägs att kontrakt ska undertecknas med de leverantörer som ”*på det mest trovärdiga sättet har kunnat ge vid handen att de har förutsättningar att utveckla den produktidé som svarar mot den upphandlande myndighetens [FoU-behov]. Minst två leverantörer ska antas.*” Dessa tilldelningsgrunder är avsevärt mycket vagare än de klassiska i exempelvis 12 kap. LOU. Men detta återspeglar också den förkommersiella upphandlingens karaktär där ju FoU-resultat upphandlas och dessa inte kan beskrivas på samma sätt som en färdig produkt eller tjänst. Samtidigt är tilldelningskriteriet också ett helt annat i den föreslagna lagtexten, istället för lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det frågan om grad av trovärdiga förutsättningar som ska fälla avgörandet. En sådan utformning av tilldelningskriterierna är förvisso okonventionell och innebär en risk för godtycklighet i tilldelningen, men är å andra sidan ändamålsenlig när man betraktar lagförslagets syfte. Samtidigt öppnar den för svårlösta bevisfrågor när ett tilldelningsbeslut ska överklagas, eftersom det är oklart hur denna förmåga ska kunna styrkas av en leverantör.

Paragrafens andra stycke fördjupar sig dessutom också i strukturen, där den förkommersiella upphandlingen föreslås genomföras i högst tre faser och där mellan varje fas det finns ett slags vägskäl för den upphandlande myndigheten att antingen erbjuda leverantörer att gå vidare till nästa fas eller att avsluta förfarandet. Faserna som tanke kan bäst liknas vid ett successivt upphandlingsförfarande enligt 4 kap 4 § LOU, där man efterhand minskar antalet anbudsgivare. Det är dock oklart varför man valde att beskriva detta som faser, istället för att hålla sig till den etablerade termen successiva förfaranden.

Den sista intressanta punkten i lagförslaget är den om rättsmedel för en leverantör som önskar få en överprövning i förslagets 25 och 26 §§, där man

ordagrant kopierar dåvarande 16 kap 1 § 1 stycket och 16 kap. 2 § LOU.<sup>84</sup> Med andra ord ska det vara fråga om myndighetens regelbrott i lagen samt att skaderekvisitet uppfylls. I författningskommentaren anges att skaderekvisitet i stort sett har samma innebörd som i LOU<sup>85</sup>, där likheten med regleringen i dessa lagar förmodligen avses gälla för hela frågan om rättsmedel enligt LFU. Återigen är det dock olyckligt att dessa rättsmedel inte gjordes mera tydligt, framförallt med hänsyn till de betydande oklarheterna i tilldelningen som diskuterats ovan.

### **3.2.2 Lagförslagets öde – rättsläget**

Som bekant blev den föreslagna lagen om förkommersiell upphandling aldrig varken proposition eller lagstiftning, om anledningarna till det kan man bara spekulera. Det som går att säga säkert är att utredningens förslag var föremål för överväganden på Regeringskansliet så sent som 2011.<sup>86</sup> Ovanstående analys av lagförslaget är således inte intressant ur ett rent lagtekniskt perspektiv, men väl när det gäller att förstå hur en förkommersiell upphandling förhåller sig till upphandlingsrätten i stort.

Lagförslaget gick som brukligt på remissrunda och det inkom ett antal remissvar, där särskilt Konkurrensverkets svar<sup>87</sup> förtjänar att framhållas som ett exempel på hur lagförslagets utformning uppfattades. Konkurrensverkets syn på saken är förvisso inte avgörande för att LFU aldrig infördes, samtidigt får man utgå ifrån att verkets resonemang i egenskap av tillsynsmyndighet väger tungt i sammanhanget. Verket ifrågasätter i sitt remissvar framförallt behovet av LFU och menar att införandet av denna skulle komplicera regelbilden ytterligare och att regelbördan bör hållas så låg som möjligt ur effektivitetshänsyn. Därutöver problematiserar man också att man använder FoU-undantaget som tillämpningskriterium för hela den föreslagna lagen, även om en sådan kritik från Konkurrensverkets sida ter sig naturlig, eftersom verket är tillsynsmyndighet för LOU och därför

---

<sup>84</sup> Numera återfinns regleringen om överprövning i 16 kap. 6 § LOU.

<sup>85</sup> SOU 2010:56, s. 324.

<sup>86</sup> SOU 2011:73, s. 41.

<sup>87</sup> Konkurrensverkets remissyttrande avseende SOU 2010:56, Dnr. 516/2010, publicerat den 6 december 2010.

mån om undantagen och deras tillämpning.<sup>88</sup> Man menar heller inte att överprövningsregleringen i den föreslagna lagens 25 § hade inneburit en tillgång till effektiva rättsmedel för leverantörer, men denna kritik härrör främst ur att utredningen hade använt sig av en rättsmedelreglering i LOU som vid tiden för remissyttrandet hade ändrats.<sup>89</sup> Således hade lagförslaget inneburit olika regleringar i olika lagar och en förhöjd regelbörda för upphandlande myndigheter.<sup>90</sup> Samtidigt är utredningens resonemang i allmänhet och lagförslagets utformning i synnerhet inte betydelselösa i sammanhanget, om än att de till viss del har blivit överspelade av nyare rättsutveckling så som förslaget om införandet av innovationspartnerskapet i de nya upphandlingsdirektiven.

Överlag är rättsläget kring förkommersiella upphandlingar idag till stora delar relativt osäkert. Det enda man med någorlunda fog kan utgå ifrån är att processens yttre ramar bestäms av de upphandlingsrättsliga principerna. Därutöver fylls rättsläget ut av framförallt kommissionens meddelande 799 på det sättet att den av meddelandet föreslagna strukturen bör anses vara den som är mest förenlig med principerna. Myndighetspublikationer så som VINNOVAs handbok har dock snarare en ”best practice”-karaktär än att dessa faktiskt utgör gällande rätt.

### **3.3 Förkommersiell upphandling inom ramen för LOU**

Vid sidan av att bedriva en förkommersiell upphandling genom att begagna sig av FoU-undantaget och därigenom inte behöva följa lagstiftningen (bortsett från de grundläggande principerna) finns också möjligheten för en upphandlande myndighet att bedriva en förkommersiell upphandling inom ramen för LOU. Som utgångspunkt är en sådan upphandlingsprocess egentligen att anse så som huvudregel men konceptet förkommersiell upphandling så som det har föreslagits av EU-kommissionen bygger i grund

---

<sup>88</sup> Konkurrensverkets remissvar, a.a., s. 3f

<sup>89</sup> Se fotnot 83.

<sup>90</sup> Konkurrensverkets remissvar, a.a., s. 4.

och botten på att en myndighet just nyttjar FoU-undantaget. Således kan en förkommersiell upphandling inom LOU sägas vara en undantagssituation.

Rättsläget angående juridiska förutsättningar att bedriva en förkommersiell upphandling inom ramen för LOU är relativt klart. Dels finner man bestämmelser som uttryckligen tar sikte på upphandlingar med ett forsknings- och utvecklingsändamål i 4 kap. LOU, vilka vi har anledning att återkomma till nedan, och dels är man överens om att FoU-upphandlingar inom ramen för LOU är som utgångspunkt helt tillåtna enligt rådande lagstiftning i både doktrin<sup>91</sup> såväl som förarbeten.<sup>92</sup>

Så som det kort har nämnts ovan regleras frågan om förkommersiella upphandlingar i nuvarande LOU framförallt på så sätt att myndigheten får möjligheten att använda sig av ett förhandlat förfarande vid en sådan upphandling. I sammanhanget är det framförallt två bestämmelser som är av intresse: Dels 4 kap. 2 § 1 stycket 2 punkten och dels 4 kap. 7 §.

Den förstnämnda bestämmelsen möjliggör det teoretiskt att använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering vid en förkommersiell upphandling. Bestämmelsen stadgar att det måste vara frågan om ett upphandlingsföremål av ett visst slag eller som exponerar myndigheten för sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange ett totalpris i förväg, något som i doktrin med ledning av beaktandesatsen 31(b) till det äldre direktivet har hävdats begränsa bestämmelsens tillämpningsområde till att gälla endast relativt stora projekt, för vilka en gemensam nämnare är komplicerade finansieringsstrukturer.<sup>93</sup> Kravet på särskilda omständigheter däremot är endast en påminnelse att det handlar om ett undantagsförfarande. Rekvisitet om att inte kunna ange ett totalpris i förväg avser att det på grund av upphandlingsföremålets natur inte kan anges exakt, där krav på samband mellan föremålets natur och omöjlighet till prisangivelse har hävdats vara ett strikt sådant. Myndighetens okunskap

---

<sup>91</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 4 kap. 7 § LOU, s. 236.

<sup>92</sup> SOU 2010:56, s. 147, med vidare hänvisning till s. 152f.

<sup>93</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 4 kap. 2 §, s. 217, med vidare hänvisning till Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Stockholm 2011, s. 164f.

är alltså inte ett giltigt skäl för detta.<sup>94</sup> Trots kravet på viss dignitet på upphandlingen<sup>95</sup> föreställer denna punkt ett uppenbart lämpligt alternativ för upphandlande myndigheter att använda sig av ett förhandlat förfarande. Härvid ska tilläggas att rättsläget i denna fråga har förändrats något genom införande av det nya direktivet där möjligheterna att använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering har utökats genom att man i artikel 26.4 a) ii) har infört att detta förfarande får användas när det är frågan om ”*innovativa lösningar*”, en ändring som också föreslagits genomföras i den nya svenska LOU.<sup>96</sup> Således borde utrymmet för att bedriva förkommersiella upphandlingar inom ramen för LOU ha ökat genom denna förändring.

Den andra möjligheten, som i doktrin har framförts vara det mest uppenbara alternativet för en förkommersiell upphandling inom LOU<sup>97</sup>, ges i ovan nämnda 4 kap. 7§ i vilken man explicit hänvisar till möjligheten att med ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering upphandla ”*varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål[.]*”, kompletterat med att en sådan upphandling inte får syfta till någon form av ekonomisk vinning eller täckning och att möjligheterna till konkurrens inte försämras. Som synes begränsar denna bestämmelse inte tillämpningen till att gälla större projekt utan kan istället användas i alla lägen för att upphandla varor eller tjänster som befinner sig i eller kommer att befinna sig i innovationsfasen.

Bland potentiella anledningar till varför en myndighet önskar att bedriva en sådan upphandling under tillämpning av LOU märks framförallt två stycken: Den första är att man av olika anledningar anser att projektet/processen inte kommer att uppfylla de rekvisiten enligt 1 kap. 6 §

---

<sup>94</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 4 kap. 2 § LOU, s. 217.

<sup>95</sup> På vilket följer en viss svårighet att använda sig av förhandlat förfarande vid mindre omfattande men likväl innovativa upphandlingar.

<sup>96</sup> Ds. 2014:25, s. 647, i den föreslagna 6 kap. 5 §.

<sup>97</sup> Ulfsdotter Forsell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 4 kap. 7 §*. Lexino 2013-05-01



krävs för att projektet ska vara undantaget från lagstiftningen.<sup>98</sup> Å andra sidan kan den upphandlande myndigheten också tillämpa lagstiftningen på rent frivilliga grunder, en stor fördel härvid är myndigheten därigenom försäkras sig om en efterlevnad av de upphandlingsrättsliga principerna. Samtidigt innebär ett sådant val dock också vissa nackdelar så som en inskränkning av myndighetens handlingsutrymme och att den förkommersiella upphandlingen kan bli föremål för överprövning enligt 16 kap. LOU.

## 3.4 Övriga frågor

Utöver de principiella frågorna som en förkommersiell upphandling och dess existens inom ramen för gällande lagstiftning ger upphov till, finns det även ytterligare ett par frågor som en upphandlande myndighet kan behöva ha i åtanke, oavsett vilken arbetsform man väljer för ett förarbete. Men frågan är särskilt intressant i samband med förkommersiell upphandling.

### 3.4.1 Sekretess

Som utgångspunkt råder vid alla upphandlingar en så kallad upphandlingssekretess enligt 19 kap. 3 § 3 stycket *Offentlighets och Sekretesslagen*. Sekretessen är absolut och förbjuder alla former av informationslämning innan upphandlingsärendet på något vis har slutförts, antingen genom avbrott eller tilldelning och dylikt. I doktrin har det med stöd av en relativt omfattande praxis dock hävdats att även denna absoluta sekretess har en viss yttre gräns i att det finns ett intresse av insyn i myndigheternas handläggning. Detta intresse utsträcks dock endast så långt så att det allmänna inte lider ekonomisk skada.<sup>99</sup> Bestämmelsen ålägger den upphandlade myndigheten alltså ett högst ställt krav hur man ska förfara med alla former av handlingar och information.

Detta leder till den naturliga frågan om en förkommersiell upphandling är att anse utgöra en upphandling i OSLs mening eller inte, en fråga som också

---

<sup>98</sup> Jfr diskussionen kring undantaget i avsnitt 3.1.1 ovan.

<sup>99</sup> Lenberg, Eva m.fl.: *Offentlighets- och sekretesslagen. En kommentar*, kommentar till 19 kap. 3 §, Stockholm 2009, avsnitt 19:3:1.

lyfts fram av Vinnova i sin tidigare beskrivna handbok.<sup>100</sup> OSL innehåller inte någon självständig definition av vad som är att anse som upphandling i sekretessrättslig mening, dock är 19 kap. 3 § 1 stycket mycket allmän hållning i sin beskrivning över vilka offentliga ärenden som faller under sekretess enligt denna paragraf. Däribland nämns bland annat förvärv och användning av tjänst kring vilket uppgifter är sekretessbelagda om det kan antas att det allmänna lider skada om den röjs; ett så kallat rakt skaderekvisit som bygger på en presumtion om sekretess för sådana uppgifter.<sup>101</sup> Samtidigt innehåller 3 stycket samma paragraf ett uttryckligt undantag för upphandlingar, där det ska råda absolut sekretess. Upphandlingen definieras som sagt inte i denna lag utan i 2 kap. 13 § LOU, varför den senare paragrafens definition får antas vara den mest ändamålsenliga. Dock är detta bara en analog användning av lagbestämmelsen till viss del då den förkommersiella upphandlingen som diskuterat ovan kan falla utanför LOUs tillämpningsområde. Bestämmelsen föreskriver att en offentlig upphandling avser ”åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt, [...]”. Även utan en särskilt extensiv tolkning av denna formulering är det svårt att föreställa sig att en domstol kan komma till en annan slutsats än att en förkommersiell upphandling är att anse som en åtgärd i syfte att tilldela ett kontrakt, låt vara att det kan vara en mycket tidig och rent förberedande åtgärd. Dessutom kan en upphandlande myndighet hävda att även om domstolen finner att en förkommersiell upphandling inte uppfyller dessa rekvisit, så är beviskravet ”kan antas lida skada” i första stycket tillräckligt för att presumtionen om offentlighet ska brytas och handlingarna således inte behöver lämnas ut, då det föreligger en potentiell risk för myndigheten att lida ekonomisk skada om dessa lämnas ut.

Sammanfattningsvis är rättsläget när det gäller sekretessen för förkommersiella upphandlingar förvisso något oklart, som tidigare antytts. Om det är ett praktiskt problem återstår att se, men man kan konstatera att VINNOVA i sin handbok i starka ordalag avråder upphandlande myndighet

---

<sup>100</sup> VINNOVA a.a., s. 26, se särskilt under fotnot 10.

<sup>101</sup> Hollunger Wågner, Katrin: ”Kommentar till OSL 19 kap 3 § 1 stycket”, I: *Karnov rättsdatabas*, <http://www.juridik.karnovgroup.se> Hämtat den 23 maj 2015

från att i avtal förbinda sig till att handlingar behandlas med sekretess. Med andra ord anser myndigheten att rättsläget angående förkommersiella upphandlingar är så pass osäkert att det finns en risk för att ett sådant sekretessavtal skulle bli mycket kostsamt för myndigheten, om och när en domstol väljer att inte anse 19 kap. 3§ OSL som tillämplig och därmed river upp sekretessen. Förmodligen är detta en alltför försiktig tolkning av sekretessfrågan, eftersom det framförallt ankommer på avtalets formulering för att det ska anses gälla, inte huruvida domstolen bedömer förfarandet som upphandling eller inte.

### **3.4.2 Konsulters deltagande – dubbel medverkan**

När en upphandlande myndighet avser att genomföra en upphandling, antingen klassisk, innovativ eller förkommersiell, är det inte ovanligt att man använder sig av konsulter i förberedelsearbetet, där exempelvis teknisk expertis eller kunskap över en aktuell marknad kan underlätta för den upphandlande myndigheten. Ett potentiellt problem uppstår dock om dessa konsulter, antingen själva eller som företrädare för ett bolag, sedermera önskar delta i upphandlingsprocessen i vilken den har varit involverade i ett tidigare stadium, så kallad dubbel medverkan. En liknande dubbel medverkan kan också aktualiseras när leverantörer som deltar i en förkommersiell upphandling önskar delta i en senare kommersiell upphandling som bygger på den förkommersiellas resultat.<sup>102</sup>

Dubbel medverkan för med sig risker om en intressekonflikt när det gäller utformning av förfrågningsunderlag, som då kan utformas för att gynna just det egna bolaget, samt risken att likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU kan komma att bli åsidosatt genom att konsulten får en konkurrensmässig fördel genom exempelvis ett kunskapsövertag när anbud ska utformas. Kortfattat uttryckt kan man särskilja intressekonflikten, som med ett gemensamt begrepp brukar kallas konsultjäv<sup>103</sup> (en något olycklig

---

<sup>102</sup> SOU 2010:56, s. 153.

<sup>103</sup> Ulfsdotter Forsell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 1 kap. 9 §*, Lexino 2013-05-01

begreppsbildning) i två olika varianter: Ett jävs-problem som sker genom påverkan av myndigheten och en fördel genom ett kunskapsövertag. Trots att både jävsfrågan och ett potentiellt kunskapsövertag egentligen är två olika intressekonflikter har man i praxis valt att se dem som en sammanhållen problematik, två symptom av samma anledning om man så vill.

Frågan har, som kort nämnts ovan, prövats i både europeisk och svensk rättspraxis, om än bara av underrätterna i Sverige. Inom unionsrätten ställdes frågan på sin spets i det så kallade *Fabricom-fallet*<sup>104</sup> där det var frågan om belgisk lagstiftning som förbjöd dubbel medverkan i förberedelse och upphandling. EU-domstolen beskrev både jävsfrågan<sup>105</sup> och kunskapsövertaget<sup>106</sup> som möjliga intressekonflikter en person som har deltagit i förberedelsen inför en upphandling kan bli föremål för. Man uttalade vidare att just dessa möjliga intressekonflikter innebär att likabehandlingsprincipen inte tvingar en upphandlande myndighet att behandla dessa personer likadant som övriga leverantörer.<sup>107</sup> Dock påpekar domstolen vidare att trots att likabehandlingsprincipen inte är tillämplig så är en reglering som den belgiska inte tillåten eftersom den förhindrar alla möjligheter för en potentiell leverantör att visa att det inte finns någon konkurrensfördel och således strider mot proportionerlighetsprincipen.<sup>108</sup> *Fabricom*-domen innebär alltså att domstolen rent principiellt erkänner problematiken och godkänner en särbehandling av leverantörer som deltagit i ett tidigare skede men ersätter ett totalt förbud mot deras deltagande med en presumtion om att en konkurrensmässig fördel föreligger. Denna presumtion kan brytas av leverantören när denne visar att en sådan fördel inte finns. Konsultjävsfrågan utgör således ett av fåtalet undantag från den annars så strikta likabehandlingsprincipen.

---

<sup>104</sup> Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot État belge*.

<sup>105</sup> C-21/03 och C-34/03, p. 29.

<sup>106</sup> C-21/03 och C-34/03, p. 30

<sup>107</sup> C-21/03 och C-34/03, p. 31.

<sup>108</sup> C-21/03 och C-34/03, p. 32ff.

Frågan har också prövats av svensk förvaltningsdomstol ett fåtal gånger, senast i en dom från Kammarrätten i Stockholm.<sup>109</sup> I målet var det frågan om en person som på grund av sin tekniska expertis hade deltagit i en förberedelse inför en upphandling och sedermera hade ett bolag där han var VD lagt ett anbud i densamma. Detta överklagades av en annan leverantör med anledning av brott mot likabehandlingsprincipen genom att konsulten både var jävig och hade ett kunskapsövertag. Domstolen låter sin bedömning i stort sett uteslutande vila på *Fabricom*-domens uttalanden och uttalar att det föreligger en stark presumtion för att konsultens deltagande har lett till en konkurrensfördel. Den upphandlande myndigheten hade i detta fall företagit en utvärdering för att visa att så inte var fallet och därigenom bryta presumtionen, men Kammarrätten ansåg inte att en fördels frånvaro var visad och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Detta får anses utgöra ett mycket högt ställt beviskrav och frågan är hur rättens bedömning förhåller sig till proportionerlighetsprincipen. Samtidigt kan man hävda att konsultens deltagande i frågan var tämligen omfattande och rätten bedömde kommunens utredning som bristfällig. Dessa två faktorer har förmodligen bidragit till ett i realiteten högt ställt beviskrav. Dessutom måste sägas att frågan till dags dato inte har prövats av Högsta Förvaltningsdomstolen, således är rättsläget fortsatt inte helt klart.

Frågan kvarstår då hur dubbel medverkan förhåller sig till förkommersiell upphandling. Läget kan uttryckas som liknande samtidigt som det finns en del skillnader. Den största skillnaden mot det traditionella konsultjävet är att i en förkommersiell upphandling är det inte en möjlig komplikation utan en närmast given sådan, eftersom det kan förväntas att en leverantör som har deltagit i en förkommersiell upphandling som har bedrivits i samband med en större innovativ upphandling kommer att delta i en senare kommersiell upphandling. Med andra ord är detta en fråga som en upphandlande myndighet måste ta ställning till. Likheten består främst i att problematiken är densamma som i det klassiska konsultjävet, med både jävsfrågan och ett potentiellt konkurrensövertag.

---

<sup>109</sup> Dom av den 11e februari 2010, mål nr 6986-09.

Är förkommersiell upphandling då jämförbar med en förberedelse till upphandling så som det har beskrivits i praxis, framförallt *Fabricom*? Med bakgrund i rådande rättsläge, där förkommersiell upphandling inte är lagreglerad som ett enskilt upphandlingsförfarande, måste frågan besvaras jakande eftersom det bör bli ett förberedelsearbete inför en lagreglerad upphandling. Således blir framförallt EU-domstolens uttalande om konsultjäv aktuell i den mån att leverantörer som har deltagit i den förkommersiella upphandlingen inte behöver behandlas lika som leverantörer som inte deltagit, istället borde även här råda en presumtion för en konkurrensfördel.

Intressant i sammanhanget är uppmaningen från framförallt EU-kommissionen i sitt meddelande om förkommersiell upphandling<sup>110</sup> att behålla åtminstone två leverantörer till den slutliga fasen av den förkommersiella upphandlingen. I ett sådant läge måste det dock vara så att dessa två eller fler leverantörer ska behandlas lika inbördes (då lika situationer fortsatt ska behandlas lika enligt principen). Det är endast i förhållande mot ”nya” leverantörer som domstolens uttalanden kan bli aktuella. Sammanfattningsvis är alltså konsultjävet mest ett teoretiskt problem, om än ett för myndigheten riskfyllt sådant, så länge som myndigheten ser till att behålla åtminstone två stycken leverantörer till fasen efter en förkommersiell upphandling. Dessutom är det också viktigt att vara noggrann med all dokumentation av förhandlingar och dylikt, för att tillgodose likabehandlingsprincipens krav. Tilläggas bör här kort att både det nya upphandlingsdirektivet<sup>111</sup> samt det svenska lagförslaget<sup>112</sup> innehåller en kodifikation av *Fabricom*-domen, där det i första hand föreskrivs en upplysningsplikt gentemot andra leverantörer och i andra hand en sådan presumptionsreglering som föreskrives i domen.

---

<sup>110</sup> Se ovan i avsnitt 3.1

<sup>111</sup> Se direktiv 2014/25/EU artiklarna 41 samt 57 f).

<sup>112</sup> Ds. 2014:25, Del 1, s. 33, lagförslagets 4 kap. 8 §.

## 3.5 Resultatet av den förkommersiella upphandlingen

I en kontext av förkommersiella upphandlingar som upphandlingar av FoU-tjänster, är det givet att den upphandlande myndigheten måste ta ställning till frågan om hur eventuella resultat av processen och de immateriella rättigheterna ska förvaltas. Bland annat påpekas just användningen av resultatet (av vilket IP-rättigheter är en stor del) som ett rekvisit vid bedömningen av FoU-undantaget. Med andra ord, hur fördelar man ägarskapet och intilliggande nyttjanderätter mellan leverantörerna och den upphandlande myndigheten? I linje med det ovan sagda om konkurrens och konsultjäv utgås härifrån att ett flertal leverantörer har lyckats uppnå någon form av användningsbart resultat.

### 3.5.1 Fördelning av immaterialrätterna

Eftersom innovativa upphandlingar överlag, och förkommersiell upphandling i synnerhet, ofta handlar om teknikintensiva innovationsprocesser, är den mest aktuella immateriella rättigheten patentet<sup>113</sup> även om även andra IP-rättigheter kan bli aktuella som mönsterskydd eller varumärkesskydd. Ett sådant kan teoretiskt både sökas och innehas av en upphandlande myndighet, under förutsättning att uppfinnaren, som måste vara en eller flera fysiska personer<sup>114</sup>, genom avtal har överlåtit sin uppfinnarrätt. Även ett scenario av samägande mellan den upphandlande myndigheten och den utvecklande leverantören är teoretiskt tänkbart. Det finns dock flera anledningar varför ett helt eller samägande hade varit olämpligt i samband med en förkommersiell upphandling. Ett ägande innebär risker för myndigheten: Först och främst är risken av ekonomisk natur, det är möjligt att patentets potential av olika anledningar inte förverkligas i den omfattningen man har planerat och patentet så blir en förlustaffär.<sup>115</sup> Dessutom kan man också anta att anbudspriset från de

---

<sup>113</sup> Patent regleras i svensk rätt i Patentlagen (SFS 1967:837).

<sup>114</sup> Karlsson, L; Lundgren R: *Kommentar till Patentlagen*, Stockholm 2013, kommentar till 1 kap 1 §, s. 13.

<sup>115</sup> Anledningar kan vara ett förändrat marknadsläge eller dylika situationer.

presumtiva leverantörerna kommer att bli avsevärt högre, eftersom dessa inte får ut några mer långsiktiga vinster av sin FoU-verksamhet. Det föreligger också en juridisk risk för myndigheten i egenskap av patentägare, nämligen att bli invecklad i långvariga och dyra rättsprocesser, både för att försvara sin rätt till patentet och eventuell beivran av patentintrång.<sup>116</sup> Ett eventuellt samägande skulle innebära sina alldeles egna problem och risker, där man måste välja mellan ett samägande enligt en arkaisk lagstiftning<sup>117</sup> eller genom ett enkelt bolag enligt den så kallade bolagslagen<sup>118</sup>, där framförallt det senare ger upphov till en mängd juridiska problem och risker.<sup>119</sup> Dessutom kan också en myndighet som åtar sig att själv äga eller samäga ett eller fler patent få betydande svårigheter att hävda FoU-undantagets tillämplighet, eftersom detta stipulerar att resultatet inte endast får komma myndigheten tillgodo.<sup>120</sup> Således ger den rådande rätten på området relativt liten anledning till varför en upphandlande myndighet skulle vilja äga eller samäga ett patent. Istället är lösningar så som licensavtal till IP-rättigheter byggandes på resultaten i den förkommersiella upphandlingen mera lämpliga, både för att minska den juridiska riskexponeringen och vad gäller kostnader för myndigheten att förvalta sina patent.

### 3.5.2 Mer om licensavtal

Det självklara alternativet till ett sådant ägande är att man låter patentet tillkomma den utvecklande leverantören/leverantörerna och istället tecknar ett licensavtal om användning av ett eventuellt patent eller andra immateriella rättigheter. Licensavtalet är som sådant inte lagreglerat, förutom att 6 kap. Patentlagen innehåller vissa bestämmelser, kanske framförallt kravet i 6 kap. 1 § att en överlåtelse av en rätt till användning av ett patent måste ske i avtal. Därutöver finns ingen civilrättslig reglering,

---

<sup>116</sup> Domeij, Bengt: ”Patent och innovationsprocessens avtal”, I: *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2012/2*, s. 122ff. Detta är vidare ett gemensamt problem för både privata FoU-samarbeten och mellan leverantörer och myndigheter.

<sup>117</sup> Samäganderättslagen (SFS 1904:48)

<sup>118</sup> Lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.

<sup>119</sup> Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2013, s. 117ff.

<sup>120</sup> För en närmare diskussion, se ovan under kapitel 3.1.



även om det i litteraturen har argumenterats för att Köplagens<sup>121</sup> bestämmelser skulle vara analogt tillämpliga på ett sådant avtal. Det är högst oklart om så är fallet och om Köplagen i så fall är ett lämpligt instrument för att reglera ett sådant avtal. Istället har det föreslagits att kommissionslagen<sup>122</sup> skulle vara mer lämpligt. Överlag kan man dock som upphandlande myndighet kringgå denna problematik genom att man inkorporerar en lagvalsklausul i licensavtalet.<sup>123</sup>

VINNOVAs handbok föreslår att den upphandlande myndigheten tecknar licensavtal med följande egenskaper: Oåterkalleliga, royaltyfria, icke-exklusiva samt att de ska vara för eget bruk.<sup>124</sup> Medan förslaget om royaltyfrihet och icke-exklusiviteten uppenbart siktar på det faktum att en upphandlande myndighet redan betalar för upphandlingen, förtjänar oåterkalleligheten och eget-bruk-begränsningen en närmare studie. Det är något oklart vad som avses med en oåterkallelig licens, det kan vara fråga om både en brist på återtagandeklausuler och/eller uppsägningsklausuler. Det första har diskuterats i doktrin där ståndpunkten framträder att en sådan rätt kan existera för säljaren även vid försäljning av immaterialrätter.<sup>125</sup> Samtidigt påtalas det också att ett sådant förbehåll främst aktualiseras när köparen har kommit på obestånd, således är detta inte aktuellt för en myndighet. Brist på uppsägningsklausul är å andra sidan något som blir aktuellt, eftersom det enligt allmän svensk avtalsrätt ändå existerar en rätt till uppsägning på grund av väsentligt avtalsbrott.<sup>126</sup> Således är en licens aldrig direkt oåterkallelig. Eget-bruk-begränsningen är intressant i detta sammanhang eftersom den kräver en precisering av vad som avses med begreppet. Det är inte otänkbart att myndigheter exempelvis har samarbetsavtal med andra myndigheter eller äger bolag, som kan anses innefattas i ”eget” bruk. Utgångspunkten är dock att så inte är fallet utan

---

<sup>121</sup> SFS 1990:931.

<sup>122</sup> SFS 2009:865.

<sup>123</sup> T.ex. klausul 37 i *ORGALIME: Model form of Patent License Agreements (1987)*.

<sup>124</sup> VINNOVA, a.a., s.23.

<sup>125</sup> Domeij, a.a. 2013, s. 361f.

<sup>126</sup> Domeij, a.a. 2013, s. 367f.

skriftligt medgivande.<sup>127</sup> Således måste myndigheten iaktta försiktighet när man hanterar de licensierade rättigheterna. Överlag är det mycket komplexa frågor som en myndighet måste ta ställning till vilka dessutom spelar avgörande roll när det gäller frågan om incitament för leverantör att delta i den förkommersiella upphandlingen.

### **3.6 Slutskedet – Avgränsning mot den kommersiella upphandlingen**

En förkommersiell upphandlings slutskede innehåller, förutom tilldelningen av tjänstekontraktet till minst två stycken leverantörer och den IP-rättsliga hanteringen av resultatet, också frågan om hur en förkommersiell upphandling ska avgränsas bakåt i tiden.

Frågan aktualiseras främst i ett läge där den upphandlande myndigheten har tagit beslutet om att börja genomföra en kommersiell upphandling med ett upphandlingsföremål som bygger på den förkommersiella upphandlingens resultat. Så som vi har sett ovan<sup>128</sup> gäller som utgångspunkt att ett upphandlingsförfarande anses påbörjat när en upphandlande myndighet har beslutat om vilket upphandlingsförfarande man avser att välja,<sup>129</sup> samtidigt som rättsläget enligt EU-domstolens praxis också innebär att principerna i vart fall är tillämpliga, sedan ett beslut om inledning av en upphandlingsprocess har tagits. Om det är frågan om en förkommersiell upphandling med stöd av FoU-undantaget är frågan således komplicerat eftersom ingen av principerna till synes har bäring på avslutningen av en upphandlingsprocess. Även vid en företagen upphandling inom ramen för LOU saknas uttrycklig lagreglering, även om det är underförstått vid en läsning av 12 kap. och 16 kap. 1 § LOU gemensamt att förfarandet övergår till utförandefasen efter att kontraktet har tilldelats och avtalsspärren har löpt ut. Som utgångspunkt måste det i brist på uttrycklig lagreglering vara upp till myndigheten att i ett visst skede ta ett beslut om avslutning av den förkommersiella delen, vilket bör bli aktuellt när man börjar närma sig slutet

---

<sup>127</sup> Domeij, a.a. 2013, s. 329.

<sup>128</sup> Se avsnitt 2.1.

<sup>129</sup> Prop. 2006/7:128, s. 447.

av innovationsfasen och varan eller tjänsten börjar bli färdigutvecklad. En möjlig juridisk aspekt på ett sådant avslutningsbeslut är möjligtvis FoU-undantaget i sig enligt vilket det måste vara fråga om ”*forsknings- och utvecklingstjänster*”, vilket blir till en naturlig avgränsning. Om projektet har kommit så långt i innovationsprocessen att varan/tjänsten inte längre behöver forskas kring och utvecklas mera så kan undantaget inte längre anses tillämpligt varvid den förkommersiella upphandlingen måste förklaras avslutad.<sup>130</sup>

I övrigt av intresse i sammanhanget är dock om övergången mellan en förkommersiell upphandling som handhavts utanför LOU och en kommersiell upphandling kan gestaltas flytande, alltså om den upphandlande myndigheten kan genomföra den förkommersiella upphandlingen och en påföljande kommersiell med de kvarvarande aktörerna i en och samma process. Förutsättningarna för ett sådant förfarande får dock anses vara svåra till att börja med. Svårigheten bygger framförallt på att upphandlingslagstiftningen i grunden är binärt uppbyggd, antingen uppfyller ett förfarande de rekvisiten i 2 kap. LOU och således ett upphandlingsförfarande i lagens mening eller så uppfylls dessa rekvisit inte (alternativt att undantagsrekvisiten uppfylls som i det här aktuella fallet).<sup>131</sup> Det finns således ingen direkt provision i lagtexten med vilken man kan omvandla ett undantaget förfarande till ett förfarande som innefattas av LOU. Det har även påpekats i doktrin att ett sådant förfarande skulle strida mot principerna om transparens och likabehandling om ett förfrågningsunderlag som används för en kommersiell upphandling inte har den nödvändiga kopplingen till kontraktsföremålet och vice versa för upphandlingsdokumenten i den förkommersiella upphandlingen.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Varan eller tjänsten har då nått den så kallade kommersialiseringen, den är alltså redo att erbjudas på en marknad, se bl.a. Se Trafikverket regeringsrapport, bilaga 1, s.8f.

<sup>131</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 2 kap. 13 §, s. 164f.

<sup>132</sup> Arrowsmith, Sue: s. 1049.

## 4 Inköpsfas – Kommersiell Upphandling

En innovationsupphandling utmärker sig framförallt genom upphandlingsföremålets formulering och dess fokus på framåtdrivande utveckling. Samtidigt måste den innovativa varan eller tjänsten som har utvecklats under processens tidigare skeden också köpas in av den upphandlande myndigheten, för att denna ska kunna tillgodose det behov man har identifierat som grund för upphandlingen. Man behöver ha i åtanke att de frågor och problem som denna del av upphandlingen ger upphov till dock är något annorlunda än de frågor som vi har behandlat i tidigare avsnitt. Den mest framstående skillnaden är att det är fråga om en process inom ramen för gällande lagstiftning och denna föreskriver den givna upphandlingsstrukturen, som även innovationsupphandlingar måste följa. Dock är långtifrån alla delar i strukturen av särskilt intresse vid en innovativ upphandling och för dessa gäller istället samma utgångspunkter som vid all annan offentlig upphandling. Istället är det delarna som är av särskilt juridiskt intresse som detta avsnitt kommer att fokusera på.

### 4.1 Val av upphandlingsförfarande

Att myndigheten måste ta ställning till vilket upphandlingsförfarande enligt 4 kap. LOU är en gemensam nämnare för samtliga upphandlingar, just innovationsupphandling har dock vissa särdrag i relation till de rättsliga förutsättningarna för respektive förfarande och dessa ska utredas och diskuteras nedan. I linje med vad som har sagts om tröskelvärden ovan kommer diskussionen hålla sig till förfaranden över tröskelvärdena.<sup>133</sup>

#### 4.1.1 Selektivt eller öppet förfarande

Huvudregeln vid valet av upphandlingsförfarande enligt 4 kap. 1§ är att myndigheten i princip fritt kan välja mellan antingen det öppna förfarandet

---

<sup>133</sup> Se kapitel 2.2.

eller det selektiva förfarandet.<sup>134</sup> Definitionerna på respektive förfarande hittas i 2 kap. 22§ när det gäller det öppna förfarandet, samt 2 kap 16 § avseende det selektiva förfarandet. Grundtanken med båda förfaranden är relativt simpel. I ett öppet förfarande har samtliga leverantörer möjlighet att delta i upphandlingen, medan i det selektiva förfarandet är det frågan om ett förfarande i två steg där samtliga intresserade leverantörer kan ansöka om att få delta. Men där gör den upphandlande myndigheten en kvalificering enligt 11 kap. LOU och bjuder in ett visst antal leverantörer att delta i upphandlingen.<sup>135</sup>

Dock har det hävdats att varken det öppna eller det selektiva förfarandet är särskilt väl lämpade för en innovationsupphandling, där framförallt bristen på möjligheten till kommunikation har lyfts fram, av bland annat Trafikverket, som en stor nackdel.<sup>136</sup> Samtidigt ger ett användande av ett öppet eller selektivt förfarande inte upphov till några större särskilda problem för innovationsupphandlingar och de har också i praktiken använts för sådana ändamål.<sup>137</sup>

## **4.1.2 Förhandlat förfarande med eller utan annonsering**

Till skillnad från de öppna och selektiva förfarandena är det förhandlade förfarandet ett undantagsförfarande och ska som sådan användas med restriktivitet.<sup>138</sup> Förutsättningarna för användning av förfarandet med annonsering framgår av 4 kap. 2§ LOU, där huvudskälet i 1 stycket 1 punkten anges vara att anbud som lämnats vid något av huvudförfaranden eller en konkurrenspräglad dialog varit ogiltiga eller inte har kunnat godtas. Användningen förutsätter således en tidigare upphandling inom ramen för

---

<sup>134</sup> Ulfsdotter Forsell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 4 kap. 1 §*, Lexino 2013-05-17

<sup>135</sup> Både det öppna och selektiva förfarandet ska annonseras, enligt 7 kap. 1 § LOU.

<sup>136</sup> Trafikverkets rapport, *Regeringsuppdrag om Innovationsupphandling*, Bilaga 1, s.7.

<sup>137</sup> Se exempelvis Sveriges Kommuner och Landstings rapport *Innovationsvänlig Upphandling*, 2012, s. 55.

<sup>138</sup> Ulfsdotter Forsell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 4 kap. 1 §*, Lexino 2013-05-17

LOU.<sup>139</sup> En företagen förkommersiell upphandling med hjälp av FoU-undantaget kan förmodligen inte anses uppfylla det kravet, rättsläget är härvid oklart. Om den förkommersiella upphandlingen istället har genomförts inom ramen för LOU bör dock kravet kunna uppfyllas,<sup>140</sup> således innebär en sådan förkommersiell upphandling att myndighetens spelrum i en kommersiell upphandling ökar.

Anledningen till att förfarandet är av intresse för en innovationsupphandling framgår redan av förfarandets titel; Möjligheten till förhandling enligt 4 kap. 3 §. Förhandling ska enligt bestämmelsen ske för att anpassa anbuden till de krav som den upphandlande myndigheten har angett, varvid den yttre ramen för hur förhandlingarna ska bedrivas har i rättspraxis har sagts utgöras av de grundläggande principerna. Framförallt likabehandlingskravet är av stor vikt, något som också särskilt har påpekats i svensk rättspraxis.<sup>141</sup> Möjligheten till en förändring av anbuden ökar chanserna för anbudsgivarna att få en djupare förståelse för upphandlingsföremålet och de lösningar myndigheten faktiskt efterfrågar, vilket i sin tur ökar chansen till att upphandlingens mål uppfylls.

Det förhandlade förfarandet kan under vissa omständigheter även användas utan annonsering, enligt 4 kap. 5-8 §§ LOU. Härvid gäller klart skärpta förutsättningar jämfört med att använda förfarandet med annonsering. Att använda förfarandet med hänsyn till 4 kap 5 §<sup>142</sup> är förvisso i stort sett inte aktuellt för en innovationsupphandling. Är anbudsläget så dåligt har myndigheten misslyckats med sin kommunikation med marknaden, varför konkurrenssituationen förmodligen är så ofördelaktig att processens mål kan ifrågasättas.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 4 kap. 2 §, s. 215f.

<sup>140</sup> Jfr avsnitt 3.3

<sup>141</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Göteborg, målnr. 3513-3518-09.

<sup>142</sup> Alltså att inga lämpliga anbud får ha inkommit i en tidigare upphandling med de tre övriga upphandlingsförfarandena.

<sup>143</sup> Här bör tilläggas att förhandlat förfarande dock vara av intresse i samband med en förkommersiell upphandling enligt LOU, jfr Avsnitt 3.3.

Avslutningsvis bör tilläggas att det nya klassiska direktivet ändrar framförallt begrepps användningen, där förfarandet nu kallas för *förhandlat förfarande under konkurrens*<sup>144</sup>. Rättsläget genom direktivens införande är dock i övrigt, och vid sidan av vissa detaljförändringar, oförändrat. Ett indicium på detta är att man i det svenska lagförslaget varken förändrar förutsättningar eller förfarandets utformning.<sup>145</sup> Överlag finns det fortsatt goda juridiska förutsättningar att använda det förhandlade förfarandet för ett inköp av en kommersialiserad innovativ vara eller tjänst.

### 4.1.3 Konkurrenspräglad dialog

I likhet med det förhandlade förfarandet ska dialogen som utgångspunkt användas restriktivt,<sup>146</sup> men icke desto mindre framstår rekvisiten som betydligt enklare att uppfylla än det förhandlade förfarandet.<sup>147</sup> Dialogen får enligt 4 kap. 10 § användas när det är frågan om särskilt komplicerade kontrakt<sup>148</sup> och det öppna eller selektiva inte medger tilldelning av kontraktet. I sammanhanget är det intressant att kravet på myndigheten för att uppfylla rekvisiten enligt 4 kap. 11 § första stycket endast är formulerat som att *”det inte rimligen kan krävas att”* myndigheterna ska kunna författa precisa krav eller ange strukturen. Lagstiftaren ger alltså här myndigheten en relativt låg tröskel för att de ska kunna använda dialogen som förfarande. Detta till trots kan förfarandet inte användas så som standardförfarande, inte heller vid innovationsupphandlingar.

Istället gör dess egenskap av undantagsförfarande, med den ovan påpekade restriktiviteten som följd<sup>149</sup>, det nödvändigt för den upphandlande myndigheten att även vid potentiellt komplicerade innovationsupphandlingar pröva omständigheterna mot förfarandets rättsliga förutsättningar. Förutsättningarna för dialogens användning håller dock på att förändras genom det nya klassiska direktivet. Myndigheter kan nu också använda dialogen när det gäller upphandlingen av vad man betecknar som

<sup>144</sup> Artikel 29 i Direktiv 2014/24/EU.

<sup>145</sup> Ds.2014:25, Del 1, s. 41ff.

<sup>146</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 4 kap 10 §, s. 243f.

<sup>147</sup> Jfr föregående avsnitt 4.1.2.

<sup>148</sup> Dessa definieras i 4 kap. 11 § LOU.

<sup>149</sup> Något som förtydligas i rättspraxis, bl.a. Kammarrätten i Göteborg mål nr 7024-7026-12.

”*Innovativa lösningar*”<sup>150</sup>. Dock beror denna nya ansats också på den nya definitionen av begreppet innovation<sup>151</sup>, som framförallt tar sikte på radikala innovationer.<sup>152</sup> När det istället gäller inkrementella innovationer kan det enligt Arrowsmith uppkomma svårigheter för den upphandlande myndigheten att hävda en korrekt användning av förfarandet.<sup>153</sup> Rättsläget förblir oklart i väntan på tolkande praxis för begreppet innovation och förfarandet i sin helhet, även om betydelsen härav kan ifrågasättas med bakgrund av att tröskeln för att möta förfarandets rekvisit redan enligt dagens rättsläge är relativt låg.

Rent praktiskt har förfarandets lämplighet för att bedriva en innovationsupphandling lyfts fram i viss juridisk doktrin<sup>154</sup>, men framförallt av ett antal upphandlande myndigheter, bland annat SKL<sup>155</sup> och Trafikverket.<sup>156</sup> Det kan antas att det även här är de vidsträckta möjligheterna till kommunikation enligt 4 kap. 13-20§§ som utgör huvudskälet till att förfarandet lyfts fram särskilt för just innovationsupphandlingar.

## 4.2 Förfrågningsunderlaget

För innovationsupphandlingar är förfrågningsunderlagets utformning särskilt intressant av två anledningar. Dels är underlaget en kulmination av allt det omfattande förarbetet och dels erbjuder det i egenskap av denna kulmination den största möjligheten att förena förarbetets resultat med ett inköp av den utvecklade varan eller tjänsten. Genom underlagets utformning bestäms därför sannolikheten för den faktiska uppfyllelsen av upphandlingsmålen. För att förstå underlagets betydelse ska först dess innebörd utredas. Rent begreppsmässigt återfinns numera inte begreppet

---

<sup>150</sup> Artikel 26.4 a) i)

<sup>151</sup> Artikel 2 1 punkten (22)

<sup>152</sup> Jfr härvid diskussionen kring terminologi i avsnitt 1.5.

<sup>153</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 880ff.

<sup>154</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 4 kap. 11 §, s. 244ff.

<sup>155</sup> Sveriges Kommuner och Landstings rapport, a.a., s. 44.

<sup>156</sup> Trafikverkets rapport, a.a., bilaga 1, s. 8.



förfrågningsunderlag i de europeiska upphandlingsdirektiven<sup>157</sup> och har utöver den allmänt hållna definitionen i 2 kap. 8 § LOU<sup>158</sup> inte vidare legaldefinierats. Istället har man i förarbetsuttalanden fyllt ut innebörden av begreppet genom att hänvisa till 1 kap. 5 § ÄLOU, enligt vilket underlaget i huvudsak skulle innehålla en beskrivning av upphandlingsföremålet, kommersiella villkor samt utvärderings- och tilldelningsgrunder<sup>159</sup>, en modell som huvudsakligen övertagits i doktrin.<sup>160</sup> Den yttre ramen för myndighetens formulering definieras enligt svensk praxis från Högsta Förvaltningsdomstolen<sup>161</sup> av framförallt transparensprincipen, samtidigt som det alltså åligger myndigheten att formulera ett så tydligt underlag som möjligt under upphandlingsföremålets förutsättningar.<sup>162</sup> För innovationsupphandlingar har detta uttalande särskild vikt eftersom det kan vara svårt att förena den förkommersiella upphandlingens erfarenheter med de kommersiella kraven genom underlaget. Samtidigt är rättsläget klart såtillvida vilken arbetsbörda lagstiftningen ålägger den upphandlande myndigheten.

När de yttre ramarna har etablerats kan några av delarna i ett förfrågningsunderlag som specifikt påverkas av att myndigheten genomför en innovationsupphandling diskuteras. Delarna som är mera allmängiltiga för alla typer av upphandling (framförallt rörande administrativa bestämmelser) utelämnas härvid.<sup>163</sup>

## 4.2.1 Mer om kravspecifikationen

En viktig del av förfrågningsunderlaget är kravspecifikationen, särskilt för innovationsupphandlingar. Rent rättsligt gäller samma utgångspunkter som för förfrågningsunderlaget i stort, så som har diskuterats ovan. Dock har två

---

<sup>157</sup> Nu gällande klassiska direktiv 2014/24/EU talar istället om begreppet *upphandlingsdokument*, definierat i artikel 2.13. Den rättsliga innebörden är dock snarlik. I enlighet härmed föreslås begreppet utgå ur svensk lagstiftning, se Ds.2014:25, s. 305.

<sup>158</sup> Begreppet definieras där så som ”*underlag för anbud som den upphandlande myndigheten tillhandahåller en leverantör*”.

<sup>159</sup> Prop. 2006/07:128, s. 130f.

<sup>160</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 2 kap. 8 § LOU, s. 119ff.

<sup>161</sup> RÅ 2002 ref. 50.

<sup>162</sup> Detta framgår av nyss nämnda domslut, där dåvarande Regeringsrätten uttalar att leverantören med hjälp av underlaget ska kunna se vad myndigheten ”*tillmåter betydelse*”.

<sup>163</sup> Dessutom ägnas redogörelse och diskussion av utvärderings- och tilldelningsgrunder ett eget avsnitt, se avsnitt 4.3.

tillvägagångssätt för att konstruera kravspecifikationen framkommit som främjande för innovationsupphandlingar: Ett koncept som benämnts funktionsupphandlingar<sup>164</sup> samt tillåtandet av så kallade alternativa anbud.<sup>165</sup> Observera att dessa berör olika delar av kravspecifikationen och således med fördel kan användas parallellt med varandra.

#### 4.2.1.1 Funktionsupphandling

Bakgrunden till att funktionsupphandlingar framhålls som ett lämpligt alternativ för innovationsupphandlingar beror på att en innovativ upphandling ställer den upphandlande myndigheten inför en särskild problematik. Upphandlingsföremålet har ännu inte utvecklats färdigt och det är således svårt att tydligt utforma tekniska specifikationer enligt en standard i enlighet med 6 kap. 2 § LOU. Istället ges det dock en möjlighet enligt 6 kap. 3 § LOU att definiera kraven genom funktionskrav, vilket i doktrin analogt har beskrivits som ett krav för myndigheten att använda beskriva en betydande del av genom funktionskrav för att innovationer ska kunna upphandlas överhuvudtaget.<sup>166</sup>

Begreppet funktionsupphandling som en beskrivning har brukats, med några olika formuleringar, av både upphandlande myndigheter<sup>167</sup> och statliga utredningar. Som sådant sett är det dock inte legaldefinierat, även om man under begreppet förstår en tillämpning av ovan nämnda lagrum så som en utgångspunkt för hela innovationsprocessen.<sup>168</sup> De rättsliga förutsättningarna för ett sådant användande aktualiserar framförallt de upphandlingsrättsliga principerna, framförallt principen om transparens. I rättspraxis har det uttalats att funktionskrav måste uttryckas ”*klart, precist och otvetydigt*”.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> SOU 2010:56, s. 164.

<sup>165</sup> SOU 2010:56, s. 220.

<sup>166</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 649. Arrowsmith för ett resonemang kring kreativa tjänster, som har likheten med innovationer att dessa också beror på kreativitet i problemlösningen.

<sup>167</sup> Se exempelvis Trafikverkets rapport, a.a., s. 22., där funktionsupphandlingen benämns som ”användning av funktionskrav”.

<sup>168</sup> Något som även Verket för Förvaltningsutveckling konstaterade i rapporten *Förstudie om funktionsupphandling*, 2007, s. 4.

<sup>169</sup> Domen i mål C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*, se särskilt p. 109.

Därutöver uppställer domstolen också ett kontrollkriterium för myndigheten som får sägas gå hand i hand med kravet på tydlighet, enligt vilken myndigheten måste kunna mäta och i vart fall kontrollera om kraven uppfylls av ett anbud. I enlighet med detta kan konstateras att det i dagens läge inte är möjligt att bedriva en renodlad funktionsupphandling som uteslutande bygger på sådana krav, utan att funktionskrav idag utgör ett komplement till de tekniska specifikationerna. Lagstiftaren har också tagit höjd för ett sådant synsätt genom regleringen i 6 kap. 3 § 2 stycket. Vad gäller framtidsutsikten för funktionsupphandlingarna får rättsläget antas förbli oförändrat i överskådlig framtid, då varken de nya direktiven<sup>170</sup> eller det svenska lagförslaget till en ny LOU<sup>171</sup> innebär några förändringar av lagtexten.

#### **4.2.1.2 Alternativa anbud/utföranden**

Vid sidan av möjligheten att använda sig av funktionskrav finns också den potentiellt innovationsstimulerande möjligheten för myndigheten att öppna för så kallade alternativa anbud eller så som lagtexten i 6 kap. 9 § uttrycker det: Anbud med alternativa utföranden. Dessa är relevanta för innovationsupphandlingar eftersom myndigheten genom att tillåta sådana anbud ökar möjligheterna för anbudsgivare att vara kreativa i sina lösningar.

Lagbestämmelsen i ovan nämnda paragraf är relativt kort hållen och föreskriver i sitt första stycke att myndigheter får tillåta alternativa anbud, en formulering som antyder att det inte existerar någon form av presumtion för att alternativa anbud ska vara tillåtna. Enligt rådande rättsläge är rentav motsatsen fallet, vilket också bekräftas av uttalanden i promemorian om införandet av en ny LOU.<sup>172</sup> Vidare stadgas också att myndigheten skall ange vilka minimikrav som gäller för samtliga anbud med vilket avses kvalificeringskraven. Så långt som de olika anbuden möter dessa krav kommer de sedermera utvärderas var för sig.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Artikel 42 p. 3 a).

<sup>171</sup> Ds. 2014:25, Del 1, s. 66.

<sup>172</sup> Ds. 2014:25, Del 1, s. 476f.

<sup>173</sup> Dessutom förtjänar det att framhåvas att upphandlingen måste använda sig av tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktigt bud enligt 12 kap. 1 § för att alternativa anbud ska kunna tillåtas, jfr avsnitt 4.3 nedan.

Med ett tillåtande följer dock också en fråga om hur anbuden ska avgränsas sinsemellan och till vilken grad anbuden ska skilja sig åt för att anses som självständiga anbud. I doktrin har kravet på skillnad hävdats vara relativt lågt, även alternativa kontraktsvillkor så som olika prissättningar medför enligt detta att anbud ses som alternativa.<sup>174</sup> Denna bedömning bekräftas även i praxis.<sup>175</sup> Av detta följer att det även i ett läge med ett relativt litet antal konkurrerande potentiella leverantörer kan komma att vara fråga om ett stort antal olika anbud med små skillnader dem emellan. Myndigheten måste således enligt rådande rättsläge vara försiktig med ett tillåtande av alternativa anbud. En begränsning av antalet alternativa anbud per anbudsgivare är härvid tänkbart och i grunden förenligt med principerna, samtidigt som rättsläget beträffande detta, i brist på praxis, är oklart.

#### **4.2.2 Uteslutning/Kvalificeringskrav**

I grund och botten är frågorna som uteslutning och kvalificering ger upphov till varken särskilt komplicerade eller särskilt aktuella för en innovationsupphandling. Det senare gäller framförallt om myndigheten har genomfört en förkommersiell upphandling eftersom det kan antas att myndigheten då, i enlighet med det av kommissionen föreslagna förfarandet,<sup>176</sup> redan har prövat frågan om uteslutning och tagit ställning till en kvalificering. I linje med detta kan man anta att uteslutning efter en förkommersiell upphandling bara lär bli aktuell i ett fåtal fall. Ett undantag härifrån innebär regleringen i 10 kap. 1 § som medför så kallad obligatorisk uteslutning och framförallt tar sikte på tämligen allvarlig brottslighet.<sup>177</sup> Det finns dessutom också möjlighet till så kallad frivillig uteslutning, under förutsättning att anbudsgivarens situation uppfyller rekvisiten enligt 10 kap. 2 § LOU. I en kvalificeringsfas är det istället fråga om att myndigheten utesluter en anbudsgivare på grund av en leverantörs bristande faktiska förmågor på följande områden: Teknisk och yrkesmässig kapacitet samt

---

<sup>174</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 6 kap. 9 § LOU, s. 310f.

<sup>175</sup> Kammarrätten i Sundsvall, domen i målnr. 2237-12

<sup>176</sup> Se avsnitten 3.1-3.2.

<sup>177</sup> Enligt den uttömmande listan i 10 kap. 1 § LOU är det fråga om brottslighet så som delaktighet i organiserad brottslighet, bestickning, bedrägeri samt penningtvätt.

ekonomisk och finansiell ställning. Vid en studie av lagstiftningen kan man inledningsvis i 11 kap. 1 § LOU få intryck av att kvalificering är obligatorisk att genomföra, men enligt 2 § och doktrin är så inte alls fallet.<sup>178</sup> Istället är uppställande av minimikrav ett alternativ som myndigheten kan använda, även om man inte väljer att använda något av de förfaranden där successiv minskning av antalet anbud genom kvalificering redan ingår enligt 11 kap. 3 § LOU.<sup>179</sup>

Det är således inte på något sätt givet att myndigheten har något behov av en kvalificering, framförallt om det vid det här laget endast är frågan om ett fåtal kvarvarande anbudsgivare. Övergripande kan dock rättsläget vad gäller kvalifikationskrav sammanfattas som att de grundläggande principerna, framförallt principen om proportionalitet, är det huvudsakliga rättesnöret när det gäller att utforma kvalifikationskraven.<sup>180</sup> Utformningen av dessa krav är därutöver egentligen en fråga som myndigheten behöver ta ställning till med hänsyn till de kunskaper kring upphandlingsföremålet, marknaden för denna och dylikt som man har tillägnat sig under förberedelsestadiet och dessa är i stort sett endast av ekonomisk art.<sup>181</sup>

### 4.3 Kriterier för utvärdering och tilldelning

Diskussionen kring utvärderingen och tilldelningen skulle kunna vara en del av avsnittet kring författandet av förfrågningsunderlaget, eftersom de krav som myndigheten använder här ska finnas med i det dokumentet.<sup>182</sup> Dock är tilldelningen ett så pass kritiskt skede för innovationsupphandlingar att ett eget avsnitt är befogat.

Den huvudsakliga regleringen kring frågan om formuleringen hittas i 12 kapitel LOU 1-2 §§. Först och främst ska den upphandlande myndigheten välja en av två alternativa tilldelningsgrunder<sup>183</sup>, antingen det lägsta priset

---

<sup>178</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 11 kap. 1 §, s. 422.

<sup>179</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>180</sup> Detta kan man tydligt se i bestämmelsen i 11 kap. 2 § 3 mening LOU.

<sup>181</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 1189f.

<sup>182</sup> Jfr 12 kap. 1 § 3 stycket, där anges dessutom att kraven även ska finnas med i annonsen.

<sup>183</sup> Valet emellan grunderna står härvid myndigheten fritt, se prop. 2006/07:128, s. 405.

eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Medan begreppet pris i stort förklarar sig själv, avses med begreppet ekonomiskt mest fördelaktiga budet enligt 12 kap. 1 § 2 stycket LOU att myndigheten formulerar ett antal kriterier enligt vilka den ekonomiska fördelen sedan ska bedömas. Bestämmelsen har gett upphov till en stor mängd praxis, både svensk och europeisk, i vilken innebörden av begreppet har tydliggjorts.<sup>184</sup>

I samband med innovationsupphandlingar är det framförallt av intresse inom vilka ramar en upphandlande myndighet kan tillse att formuleringen av kraven stämmer överens med tanken att minska riskerna för potentiella anbudsgivare och således öka innovationspotentialen. Först och främst kan valet mellan tilldelningsgrunderna belysas. Att använda sig av grunden pris kan framstå som ett trubbigt instrument och det är till viss del en korrekt slutsats baserad på tillgänglig praxis.<sup>185</sup> I domen intog rätten en mycket restriktiv hållning gentemot en upphandling med lägsta pris som grund men där även vissa kvalitetsfrågor kunde prövas. Denna ordning underkändes och det är således endast priset som får avgöra tilldelningen. När det har företagits en förkommersiell upphandling med tillhörande urval, och särskilt om antalet leverantörer är det minsta antalet om två stycken<sup>186</sup>, kan dock grunden pris vara ett lämpligt sätt att åtskilja anbudet.

Samtidigt kan det finnas fog för att myndigheten önskar införa kvalitativa krav för den innovativa varan och i sådant fall är den upphandlande myndigheten tvungen att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga budet som grund, vilket framgår av ovan nämnda dom *e-contratio* samt uttalanden i doktrin.<sup>187</sup> Samtidigt som tilldelningsgrunden i sig skapar en större arbetsbörda kan myndigheten, som ovan konstaterats, inom vissa ramar fritt välja enligt vilka kriterier man önskar att utvärdera kontraktet. Samtidigt får dessa dock inte vara godtyckliga eller ge myndigheten möjlighet till så

---

<sup>184</sup> För en mer ingående genomgång hänvisas till Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 12 kap 1 § LOU.

<sup>185</sup> Kammarrätten i Göteborg, domen i mål nr 3522-11.

<sup>186</sup> Jfr avsnitt 3.2.1. Det svenska förslaget till LFU stämde här överens med kommissionens förslag.

<sup>187</sup> Rosén Andersson, H m.fl. a.a.: kommentar till 12 kap. 1 § LOU, s. 464f.

kallad ”fri bedömning”, rättsläget är mycket tydligt och välutrett i denna fråga.<sup>188</sup> Under förutsättning att myndigheten håller sig inom ramarna för de grundläggande principerna, bör det dock inte föreligga några hinder för att tilldela ett kontrakt om ett köp av en innovativ vara eller tjänst på grund av en ganska rudimentär bedömning av kvalitén. Härvid blir fördelarna i kunskap som en myndighet får genom ett gediget förarbete och en eventuell förkommersiell upphandling uppenbara och möjligheten ökar för att förmå leverantörer och deras projekt att övervinna det så kallade ”dödens dal”<sup>189</sup> med sina innovativa lösningar.

---

<sup>188</sup> Särskilt framstående är domen i mål C-448/01 *Wienstrom*, särskilt punkterna 49-52.

<sup>189</sup> Se bland annat SOU 2010:56, s. 182 samt Trafikverkets rapport, s. 38 för en kort förklaring av begreppet.

## 5 Innovationspartnerskapet

Den senaste utvecklingen på innovationsupphandlingens område är införandet av ett nytt förfarande i det nya upphandlingsdirektivets Artikel 31. Förfarandet tar uttryckligen sikte på att tillhandahålla upphandlande myndigheter en möjlighet att inom ramen för direktivets tillämpningsområde bedriva innovativa upphandlingar och har benämnts som Innovationspartnerskap.

### 5.1 Syftet med den nya regleringen

Förfarandets införande har sin bakgrund framförallt i EUs nya så kallade ”Flagship Initiative” *Innovation Union 2020*, som vi kort har tangerat ovan och som grundar sig framförallt i två stycken meddelanden från kommissionen: KOM (2010) 2020 samt KOM (2010) 546, där man framförallt i det senare lyfter fram konceptet med innovationspartnerskap som ett möjligt sätt att utveckla nya lösningar för att möta morgondagens tekniska och sociala utmaningar.<sup>190</sup>

Dock har behovet av ett nytt förfarande ifrågasatts i doktrin, framförallt av Arrowsmith som menar att redan existerande förfaranden, särskilt det förhandlade förfarandet och en konkurrenspräglad dialog hade kunnat användas för att lösa liknande problem som partnerskapet avser att lösa.<sup>191</sup>

I linje med denna strategi syftar partnerskapet enligt skäl 49 i det nya direktivets ingress uttryckligen till att ställa ett förfarande till upphandlande myndigheters förfogande som uttryckligen möjliggör både utveckling och sedermera ett inköp av innovativa lösningar. Med andra ord kan partnerskapet på så vis sägas förena det förkommersiella utvecklingsstadiet och den kommersiella upphandlingen av den utvecklade varan eller tjänsten i ett och samma förfarande. Detta kan innebära den konkreta fördelen för upphandlande myndigheter att dessa inte först behöver avhålla en

---

<sup>190</sup> KOM (2010) 546 slutlig, s. 22ff.

<sup>191</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 1047.



förkommersiell upphandling för att sedan klara av den potentiellt komplicerade övergången till en i slutet lyckad kommersiell innovationsupphandling.

## 5.2 Användningen av partnerskapet

Utgångspunkten för att en upphandlande myndighet ska få använda sig av förfarandet bygger till del på artikel 31.1 2 stycket där det sägs att myndigheten ”*ska identifiera behovet av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad*” och att detta behov inte kan uppfyllas genom redan existerande lösningar på marknaden. Arrowsmith framhäver här dessutom att om syftet med förfarandet ska vara både utveckling och köp innebär att det dessutom krävs en avsikt hos myndigheten för både utveckling av köp i artikel 31.2.<sup>192</sup> Enligt det svenska lagförslaget angående införande av partnerskapet anges också behovsidentifikationen som avgörande för att förfarandet ska vara tillåtet i linje med ett snarlikt resonemang.<sup>193</sup>

Behovsidentifikationen<sup>194</sup> ska sedan uttryckas genom så kallade minimikrav, snarlikt kvalifikationskraven diskuterade ovan, som ska syfta till att beskriva upphandlingsföremålet. Av stadgandet kan utläsas att en förutsättning för användning är att upphandlingsföremålet är innovativt, en formulering som måste uppfattas som en referens till den nyinförda definitionen av begreppet innovation i Artikel 2.1 22 punkten, enligt vilken produkten måste antingen vara ny eller också ”*väsentligt förbättrad*” för att falla under definitionen. Definitionens påpekande att det måste vara frågan om produkter som är väsentligen förbättrade innebär också att inkrementella innovationer inte innefattas och att dessa således inte uppfyller kriterierna för ett innovationspartnerskap. Rättsläget på denna punkt är dock i väntan på prövning oklar.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 1051.

<sup>193</sup> Se Ds. 2014:25, Del 1, s. 49 samt SOU 2014:51, s. 111ff. Observera att man i den senare talar om behovsanalys, med vilket detsamma avses som med en behovsidentifikation.

<sup>194</sup> Härvid hänvisas till vad som har sagts allmänt om behovsidentifikation i innovationsupphandlingar i avsnitt 2.1.1.

<sup>195</sup> Arrowsmith, Sue:, a.a., s. 1051.

Intressant i sammanhanget med förarbetet i förhållande till innovationspartnerskapet är vidare hur frågan om tröskelvärdena behandlas för innovationspartnerskapet. Enligt artikel 5.6 i det nya klassiska direktivet ska en beräkning av tröskelvärdet inkludera både kostnaderna för FoU-verksamheten såväl som kostnaderna för inköpet. Denna mycket breda definition av vilka värden som ska beräknas ligger dock väl i linje med vad som gäller för övriga förfaranden, samtidigt innebär det också att innovationspartnerskap närmast per definition blir omfattande projekt.<sup>196</sup>

Sett till förfarandet är innovationspartnerskapet något av en hybrid mellan det förhandlande förfarandet under konkurrens<sup>197</sup> och till viss del kommissionens meddelande om förkommersiell upphandling.<sup>198</sup> De delar som liknar det förhandlade förfarandet är framförallt att en potentiell leverantör måste ansöka om att få delta, enligt artikel 31.1 första stycket, och att myndigheten successivt kan minska antalet anbudsgivare med hjälp av kriterierna i artikel 65.<sup>199</sup> Dessutom är förhandling mellan leverantörer och myndigheten uttryckligen tillåten enligt artikel 31.3, där det också sägs att allt förutom minimikraven enligt artikel 31.1 2 stycket och det slutliga anbudet får utgöra föremål för förhandlingar. Delar som däremot härrör ur kommissionens meddelande är framförallt tanken att processen ska ske i etapper<sup>200</sup>, med korresponderande delmål efter vilkas avslutning myndigheten äger frågan om partnerskapets fortsättning, avbrytande eller minskning av antalet parter<sup>201</sup> enligt artikel 31.2 2-3 stycken. Dessutom är också tanken om likabehandling prevalent i likhet med kommissionens uttalanden i meddelandet, där vikten av likabehandling framförallt med hänsyn till information och sekretess framhävs i artikel 31.4.<sup>202</sup>

---

<sup>196</sup> Arrowsmith, Sue: a.a., s. 462f.

<sup>197</sup> Skäl 49 hänvisar uttryckligen till det förfarandet och föreskriver att dess procedurregler ska användas.

<sup>198</sup> KOM (2007) 799 slutlig.

<sup>199</sup> Artikel 31.1 3 stycket.

<sup>200</sup> Här avses detsamma som med fas-begreppet som används i kommissionens meddelande.

<sup>201</sup> Dock ska en sådan användning anges i upphandlingsdokumenten och inbjudan enligt artikel 31.5.

<sup>202</sup> Stadgandet kan jämföras med slutsatserna om rättsläget kring och vikten av sekretess i förkommersiella upphandlingar.

Förfarandets inledningskede förtjänar här också att kort beröras ytterligare. Enligt artikel 31.1 får den upphandlande myndigheten bjuda in och efter en kvalificering gentemot minimikraven inrätta innovationspartnerskap med så få som en partner, enligt tredje stycket. Detta är ett förvånande lågt antal, vilket vid en jämförelse med direktivets artikel 65 ter sig vara en ren felaktigt skriven reglering, eftersom minimiantalet i den senare bestämmelsen anges till att vara minst tre vid innovationspartnerskap, alternativt så många att ”*verklig konkurrens garanteras*”. Det är härvid en enkel slutsats att verklig konkurrens inte är möjlig med endast en leverantör. Med andra ord är här en rättelse att vänta, alternativt att detta rättas till genom tolkande rättspraxis, vilket är mer troligt.

### 5.3 Tilldelningsfasen i partnerskapet

Den stora oklarheten i regleringen kring innovationspartnerskapet är dock frånvaron av konkret reglering kring hur tilldelning av själva köpet av den innovativa varan, tjänsten eller byggtreprenaden ska gå till, utöver att man i artikel 31.1 3 stycket anger att tilldelningskriteriet ska vara ”*det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet*”.<sup>203</sup> Därutöver nämns också begreppet ”slutligt anbud” i listan över vilka aspekter som inte får förhandlas över i artikel 31.3. Dock utvecklas inte begreppets innebörd eller konsekvenser tydligare, till skillnad från situationen i exempelvis det förhandlade förfarandet där ett slutligt anbud ska lämnas.<sup>204</sup> I doktrin har detta tolkats på så sätt att nämmandet förenat med de ständigt aktuella principerna om transparens och likabehandling inte leder till ett uttryckligt krav på att inge slutliga anbud. Istället föreslås att man mot slutet av förfarandet inhämtar vad som kallas ”*best and final offers*” från de deltagande leverantörerna.<sup>205</sup>

Medan ett sådant förfarande i brist på tydligare direktivsformulering förmodligen är förenligt med rättsläget, är just rättsläget överlag mycket osäkert, både vad gäller köpet av den innovativa varan och

---

<sup>203</sup> Jfr härvid diskussionen kring tilldelningsgrunder och deras förändring genom de nya direktiven, avsnitt 4.3.

<sup>204</sup> Jfr Direktiv 2014/24/EU, artikel 29.7.

<sup>205</sup> Arrowsmith, Sue, a.a., s.1055f.

innovationspartnerskapet som helhet. Här behövs istället praxis för att uttolka många av de kvarstående frågorna. Avslutningsvis ska också påpekas att införandet av förfarandet inte är obligatoriskt enligt direktivets artikel 26.3 och förfarandet således också finns med i det svenska lagförslaget till en ny LOU, så som har framgått. Rättsläget är härvid lika osäkert som för de direktivsbestämmelser som ligger till grund för lagförslaget, eftersom det senare i sak överensstämmer nästan helt med direktivtexten. Intressant att se i sammanhanget är dock att man i förarbetsuttalanden också kan ana en liknande skepsis mot behovet av förfarandet som det också funnits i viss doktrin.<sup>206</sup> Det återstår att se huruvida och i vilken utsträckning förfarandet kommer att få användning i den upphandlingsrättsliga praktiken.

---

<sup>206</sup> SOU 2014:51, s. 100.

# 6 Analys

## 6.1 Inledande slutsatser

I detta avsnitt ska rättsläget för innovationsupphandlingar analysera ytterligare utöver vad som redan har konstaterats och diskuterats i den löpande framställningen ovan. Här blir det således frågan om något friare resonemang och allmänna slutsatser samt en fördjupning i svaret på den tredje frågeställningen om innovationspartnerskapet.

Under och efter den rättsliga utredningen av konceptet innovationsupphandling har jag nått ett antal generella insikter. För det första är både terminologin och strukturfrågorna inte utredda i någon större mån, alternativt med tillräckligt stor auktoritet, vilket leder till att deras innebörd i många fall är oklar. Konsekvensen blir att konceptets potential redan begränsas i hur man diskuterar den. I terminologin har det uppstått betydande förvirring där med samma begrepp i vissa fall kan avses olika företeelser, synligt i t.ex. begreppsparet innovationsvänlig upphandling/upphandling av innovation. Där har beteckningen innovationsvänlighet använts för att beteckna hela upphandlingsprocessen eller också bara avse inköpsfasen, som vi har sett är det en betydande skillnad mellan dessa. Också situationen *vice versa* existerar, där olika begrepp avser samma företeelse. Överlag är denna utveckling allt annat än fördelaktig. Försvårande är också inkonsekvensen i begrepps användningen, olika myndigheter håller sig inte till en likadan begreppsapparat utan nyttjar ofta egna definitioner, således ökar förvirringen.

En lösning är att riksdagen/regeringen ger exempelvis VINNOVA i uppdrag att utreda och definiera begrepps användningen och sedan cirkulerar en slutsatserna bland upphandlande myndigheter. Detta har till viss del redan gjorts från VINNOVAs sida, dock har i min mening incitamenten, vare sig positiva eller negativa, för myndigheter att rikta sig efter en sådan begreppsdefinition varit för svaga hittills. Det andra alternativet, vilket är

särskilt lockande på grund av att ny upphandlingslagstiftning är på väg att införas, är att man inför legaldefinitioner på vissa delar av innovationsupphandlingen i lagtexten. I skrivande stund har utredningen SOU 2014:51 inte resulterat i en proposition ännu, således finns det utrymme för ett sådant införande just nu. Förslagsvis innefattas då både innovationsbegreppet, där det finns förutsättningar för en definition i det nya direktivet, samt eventuellt en allmänt hållen definition på begreppet innovationsupphandling. Det senare kan eventuellt kopplas till ett regeringsbemyndigande och regeringen så får möjligheten att förordna om ytterligare bestämmelser för sådana upphandlingar. Detta skulle också ge en möjlighet att belysa strukturfrågan, även om detta till viss del har skett genom införandet av innovationspartnerskapet. En utförlig utredning kring frågan vad införandet skulle betyda för strukturen av innovationsupphandlingar inom ramen för svensk lagstiftning är dock fortsatt önskvärd, eftersom även de nya strukturella begreppen behöver tydliggöras. Överlag är det viktiga i frågan att såväl upphandlande myndigheter som möjliga leverantörer har en gemensam vokabulär att använda sig av.

Även själva tillvägagångssättet för hur man närmar sig innovationsupphandlingar kan vara värt att belysa ytterligare. Framförallt två huvudlinjer har visat sig finnas när det gäller denna fråga: Innovationskrav eller ett särskilt förfarande för innovativa upphandlingar. Införandet av ett krav på innovation i samtliga upphandlingar så som föreslogs 2010 års utredning hade inneburit att samtliga upphandlingar i viss mån skulle bli innovationsupphandlingar medan införandet av partnerskapet innebär att man möjliggör för upphandlande myndigheter att välja ett särskilt förfarande om man avser att genomföra en innovativ upphandling. Det finns här alltså en skillnad på att behandla innovation som en grundläggande aspekt i offentlig upphandling i stort eller att se det som en av många varianter för offentlig upphandling. Framförallt det förstnämnda alternativet skulle få konsekvensen att myndigheters valfrihet skulle inskränkas, även om kravet i betänkandet bara avsåg att innovationshänsyn

skulle utredas om det var påkallat av upphandlingsföremålet. En sådan utformning, lik den för sociala och miljömässiga hänsyn, inskränker förvisso inte myndigheterna i någon större mån. Dock kan det praktiska värdet av ett sådant krav med den utformningen ifrågasättas. Det är generellt en balansgång för lagstiftning med målsättningssyfte att vara tillräckligt tydlig samtidigt som den inte får vara för inskränkande, så även här.

Det framgår av rättsutvecklingen att synsättet där man behandlar innovationsupphandling som ett alternativ av många som har vunnit framgång på senare tid. I mångt och mycket är detta en rimlig utveckling, eftersom det inte kan vara rimligt att en upphandlande myndighet tvunget ska förhålla sig till innovationer. Samtidigt hade en kombination av ett särskilt förfarande med ett innovationskrav, utformat så som den ovan beskrivna, i mitt tycke varit en fördelaktig lösning. Detta hade lett till en naturlig progression i lagstiftningen, där myndigheten först förhåller sig till innovationsfrågan i stora drag för att sedan ha ett förfarande till förfogande om man har funnit behov av innovation.

## **6.2 Vägskalet och avgränsningar under processen**

Det går hand i hand med den ovan beskrivna strukturen går att processen innehåller ett antal vägskalet för den upphandlande myndigheten. Det första finns i valet mellan att genomföra en innovationsupphandling eller att upphandla en redan existerande vara. Att den upphandlande myndigheten tar ställning i frågan med bakgrund i sina egna behov och jämför dessa med de merkostnader en innovationsupphandling innebär i förhållande till en så kallad COTS-vara. Jag är här övertygad att det inte är rimligt att göra genomgripande innovativa ansatser i de allra flesta offentliga upphandlingar som sker, bortsett från upphandlingar av myndigheter med ett uttryckligt samhällsuppdrag att driva innovationer. Frågan om ett utvecklingsarbete ska bedrivas eller inte är rentav en av de stora skiljelinjerna mot hur upphandlingar har sett ut i Sverige, där ett mått av utveckling och individualisering fanns i många upphandlingar. Detta gav i och för sig

upphov till innovationer men blir i längden kostsamt för samhället. En av de underförstådda tendenserna i samband med LOUs införande har varit fokuset på att inköpen i större utsträckning skulle vara av färdiga varor utan kostsamt FoU-arbete och upphandlingar därigenom skulle vara mer kostnadseffektiva. Detta är en av anledningarna till varför dagens lagstiftning nästan skymmer undan innovativa ansatser.

Till ett beslut om att bedriva en innovativ upphandling hör dessutom också att myndigheten måste vara flexibel med upphandlingens inriktning. Om myndigheten utgick från att behovet kunde tillgodoses genom på marknaden existerande varor eller tjänster och det visar sig att så inte är fallet så bör konsekvensen bli att upphandlingsprocessen får en ny inriktning. En sådan ändring bör kunna göras i vart fall fram till att det första av upphandlingsdokumentet är publicerat.

När beslutet om att upphandlingen ska bli innovativ har tagits gäller det sedan att ta ställning till frågan om FoU-undantagets tillämpning, alltså om den förkommersiella upphandlingen ska genomföras inom ramen för LOU eller inte. Så som vi har sett ovan innebär FoU-undantaget i sig en relativt låg rättslig tröskel samtidigt som den ska användas restriktivt. Problemet är framförallt att rättsläget kring undantaget och dess användning är oklart. Bristen kan endast läkas genom att rättspraxis förtydligar innebörden av rekvisiteten i lagbestämmelsen. Intar domstolarna härvid en restriktiv hållning kan risken bli att förkommersiella upphandlingar utanför ramen för upphandlingslagstiftningen och på det sättet som den europeiska kommissionen har avsett att dessa ska utformas kan komma att bli svårare att genomföra i praktiken. Istället är det i så fall fråga om att genomföra en förkommersiell upphandling inom ramen för LOU, vilket vi har sett är fullt möjligt enligt rådande lagstiftning.

En sådan rättsutveckling skulle å ena sidan kunna innebära en avsevärd ökning av transparensen när det gäller förkommersiella upphandlingar. Samtidigt kan den å andra sidan också hämma innovationer och förhindra



att konceptet används så som det egentligen är tänkt, eftersom handlingsfriheten för samarbetet mellan myndigheten och de potentiella leverantörerna begränsas, vilket är en av huvudpoängen med konceptet så som förslaget av kommissionen. Dessutom blir hela processen med en sådan utveckling också möjlig att överprövas, vilket ökar den ekonomiska risken för leverantörer eftersom detta kan vara kostsamt och långdraget.

Jag anser att framförallt minskningen av flexibiliteten inte väger upp de framförallt transparensmässiga fördelarna som ett genomförande av en förkommersiell upphandling inom lagstiftningen innebär. Inte heller risken för överprövning lär öka innovationspotentialen.

Särskilt inte under förutsättning att man inom ramen för den förkommersiella upphandlingen så som förslagen tilldelar kontraktet till minst två stycken leverantörer. Således skapas nämligen en ny marknad med flera aktörer och en förhoppningsvis god konkurrens, vilket i sig är en styrka i förslaget. Chansen för en sådan marknad att uppstå inom ramen för LOU är i mitt tycke svårare på grund av den ökade regelbördan. Överlag intar jag själv inställningen att en förkommersiell upphandling som utgångspunkt är både påkallat med hänsyn till resultaten och lämplig med hänsyn till det av kommissionen föreslagna proceduren, en procedur som för övrigt är en av fåtal tillfällen då kommissionen aktivt propagerar en användning av ett undantag från lagstiftning.

Efter den förkommersiella upphandlingens slut är det sedan frågan om att avgränsa den förkommersiella upphandlingen gentemot en senare kommersiell upphandling. De rättsliga förutsättningarna härför framgår av avsnitt 3.6 ovan samtidigt som det också måste framhåvas att frågans lösning är förhållandevis enkel. Det föreligger nämligen inga hinder mot att förklara den förkommersiella delen av upphandlingsprocessen som avslutad och omedelbart påbörja ett nytt upphandlingsförfarande på vilket lagstiftningen tillämpas, och som avser ett kommersiellt köp, men där viktiga dokument så som annons och förfrågningsunderlag bygger på de resultat och erfarenheter den upphandlande myndigheten har gjort under den

förkommersiella upphandlingen. Förmodligen är en sådan struktur på processen den enklaste vägen att övergå från förkommersiell till kommersiell upphandling i enlighet med rådande rättsläge. Överlag är dock rättsläget när det gäller avgränsningar oklart, vilket till viss del säkerligen beror på att problematiken inte är särskilt framträdande vid upphandlingar som inte är förkommersiella. Innovationspartnerskapet kan vara en del i att lösa problematiken, även om förfarandets införande egentligen komplicerar rättsläget ytterligare istället för att förtydliga det.

Ett sista viktigt vägskäl inom ramen för innovationsupphandlingen finns det sedan vid ett bedrivande av den kommersiella upphandlingen i samband med valet av upphandlingsförfarande. Redan av längden på respektive avsnitt framgår det till viss del att det framförallt är det förhandlade förfarandet och den konkurrenspräglade dialogen som är aktuella vid innovationsupphandlingar. Att använda ett öppet eller selektivt förfarande kan vara aktuellt om man bedriver en förkommersiell upphandling inom ramen för LOU och målet är att täcka av en så stor yta av marknaden som möjligt. När det istället är frågan om inköpsfasen är få man dock förutsätta att antalet aktuella aktörer redan genom den förkommersiella upphandlingen har minskats till en mera hanterlig siffra. Under förutsättning att myndigheten således kan motivera en användning av något utav undantagsförfarandena finns det alltså inget särskilt argument som förhindrar en användning av dessa. Tvärtom ger dessa förfaranden sådana möjligheter till kommunikation att man även i inköpsfasen kan vidareutveckla både upphandlingsdokumenten såväl som den innovativa varan eller tjänsten, inom principernas ramar.

### **6.3 Förhållandet mellan innovations- och inköpsfas**

Strukturen är ett av de särdragen som skiljer en innovationsupphandling från en klassisk upphandling och faserna är intimt förknippade med varandra. Detta är särskilt framstående för den kommersiella upphandlingen i inköpsfasen eftersom denna bygger på de erfarenheterna, kunskaper och det

utvecklingsarbete i den förkommersiella upphandlingen. Att den förkommersiella upphandlingen bedrivs på ett gediget sätt, med en klar behovsbild, lämplig struktur och en medvetenhet om vikten av att upprätthålla konkurrensen på marknaden för den produkt eller tjänst man efterfrågar är således oerhört viktigt för att innovationsprocessen ska få ett lyckat utfall. Således måste också fokus i stort sett ligga på innovationsfasen och utvecklingsarbetet, utan att för den delen den kommersiella upphandlingen försummas eller relegeras till att vara bara en formalitet.

Förhållandet kan åskådliggöras genom att se på hur problemen och frågorna som de olika delmomenteten ger upphov till skiljer sig åt. Problemen och frågorna i den förkommersiella upphandlingen grundar sig i mångt och mycket i bristen på uttrycklig lagreglering, undantaget den förkommersiella processen inom LOU som ger upphov till egna frågor. I den kommersiella upphandlingen handlar frågorna istället för det mesta om att upphandlingslagstiftningen i vissa delar inte är särskilt väl anpassat för innovations-upphandling och dess beroende av ett intensivt förarbete.

Förhållandets innebörd hade till viss del förenklats om man även hade valt att i lag reglera den förkommersiella upphandlingen i sin helhet, i likhet med förslaget om att införa LFU i utredningen 2010 eller så som *de facto* har skett nu genom införandet av innovationspartnerskapet. Den viktiga skillnaden mellan dessa är framförallt är LFU skulle ha blivit frivillig i sin tillämpning mellan partnerskapet förmodligen helt rycker den förkommersiella upphandlingen in i upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde. Grundtanken, att förena de förkommersiella och kommersiella upphandlingarna inom samma förfarande är härvid utan tvekan god, särskilt vid en jämförelse med de ibland mindre lyckade formuleringarna i förslaget till LFU.

Samtidigt har dock partnerskapet två stora nackdelar för förhållandet mellan de två delmomenten: Man försummar dels möjligheten att legaldefiniera förhållandet och således förtydliga det och dels ökar regelbördan för en

upphandlande myndighet. Frågan är om denna ökning av regelbördan är skäligen med hänsyn till dess potential.

Dessutom ska det tilläggas att samtidigt som man i juridisk mening kan och förmodligen ska avgränsa delmomenten från varandra är en avgränsning i praktiken inte lika enkel. Exempelvis om man inom ramen för den kommersiella upphandlingen avser att ytterligare anpassa varan eller tjänsten till den upphandlande myndighetens krav. I ett sådant läge är gränserna för innovationsfasen och inköpsfasen inte direkt knivskarpa utan dessa kan överlappa varandra. Faserna är med andra ord inte absolut kopplat till respektive delmoment, även om de ger utgångspunkterna för respektive moment. Också i denna fråga hade en ökad legalisering av frågan varit mer hjälpsam än hämmande.

## **6.4 Det nya partnerskapet – lösningen?**

Utöver den redogörelsen och korta diskussion ovan ger oss innovationspartnerskapets införande anledning att närmare betrakta ett av huvudproblemen under en innovationsupphandlings process. För att beskriva detta problem har jag ovan använt begreppet ”dödens-dal”, med vilket här framförallt avses det tidsutrymme mellan den förkommersiella upphandlingen och den kommersiella upphandlingen. Detta till skillnad från den vanliga definitionen av begreppet som avser en brist på kapital i ett tidigt skede av innovationsprocessen på grund av för höga risker för finansiärer.

Bakgrunden till denna beskrivning av problemet är att det är teoretiskt möjligt att en upphandlande myndighet först bedriver ett preliminärt förarbete och följer detta med en förkommersiell upphandling. Denna resulterar i kunskaper och erfarenheter men också eventuellt prototyper för en innovativ vara eller modeller för innovativa tjänster. I ett sådant läge, precis efter ett avslutat utvecklingsarbete, riskerar projektet sedan att bli liggande utan vidare framsteg och innovationspotentialen går förlorad.

Problemet kan lösas genom att den upphandlande myndigheten tydligt formulerar krav för den kommersiella upphandlingen som korresponderar till resultaten till den förkommersiella upphandlingen. Denna lösning förutsätter dock att beslut om en kommersiell upphandling avhållande redan har tagits. I ett läge där ett sådant dock inte har tagits ännu är det framförallt på grund av dagens lagstiftning, som gör det svårt att utforma hela processen så som en upphandling, som risken för att projekt ska avstanna i ”dalen” överhuvudtaget uppstår. Eftersom innovationspartnerskapet för första gången sammanfogar processens faser är det därför särskilt intressant för att minska risken för att projekt avstannar.

Partnerskapets grundtanke är till synes just denna förening av hela innovationsupphandlingens process och bör som sådant bejakas av upphandlande myndigheter och lagstiftaren. Samtidigt ger direktivtextens utformning och framförallt det faktum att den på sätt och vis har skapats som ett komplement till det förhandlade förfarandet upphov till en rad potentiella nackdelar med regleringen:

Regelbördan för upphandlande myndigheter ökar så som påpekats ovan, vilket kan vara en hämmande faktor för innovationsupphandlingar överlag och för förfarandets användning i synnerhet. Dessutom är partnerskapets reglering relativt kortfattat med hänsyn till vilket potentiellt tidsspann ett partnerskap kan avse och dess förhållande till övriga förfaranden är inte klarlagt. Exempelvis är det i dagsläget oklart hur partnerskapet förhåller sig till att man har infört en möjlighet att använda en konkurrenspräglad dialog vid ”*innovativa lösningar*”, där det finns en viss överlappning mellan situationer där det förfarandet kan vara aktuellt och situationer där partnerskapets är mera lämpat.

På samma tema är det också oklart huruvida konceptet med en förkommersiell upphandling så som den har varit tänkt från kommissionens sida, alltså att hamna utanför lagstiftningen, är fortsatt möjlig att genomföra i och med partnerskapets införande. Detta beror på att definitionen enligt

artikel 31 uttryckligen talar om en FoU-process som ska bedrivas inom ramen för partnerskapet och således inom ramen för lagstiftningen. Ett sådant rättsläge skulle i min mening föra med sig ett antal nackdelar, framförallt att man går miste om den flexibiliteten som behövs men framförallt att ett sådant rättsläge ger direkt upphov till den nya rättsfrågan om vilka regler som är tillämpliga på en förkommersiell FoU-upphandling inom ramen för ett partnerskap. Ett förfarande som i sig skapar fler rättsfrågor än vad som existerade innan är ingen till gagn och lär inte bidra till en ökad användning av partnerskapet.

Ytterligare en negativ aspekt är definitionen av begreppet ”innovation”, vilket upphandlingsföremålet måste uppfylla för att förfarandet ska kunna användas, också enligt direktivet är begränsat till att en viss innovationshöjd nås. Detta kräver i princip att innovationer måste vara radikala.

Inkrementella utvecklingsprocesser utesluts härmed som utgångspunkt, även om rättsläget i för närvarande är oklart. Ett sådant rättsläge har vidare den stora nackdelen att man i dagens högteknologiska samhälle kan uppnå stora resultat även genom inkrementella innovationer eftersom dessa kan vara så enkla som att sammanföra information och kunskap som finns på olika ställen. Den praktiska potentialen i sådana innovationer kan alltså vara stor och detta till trots avgränsas sådana innovationer bort av direktivtexten och partnerskapet kan förmodligen inte användas. Jag antar att denna reglering dock bottenar det faktum att man önskar att inte lämna ett alltför stort spelrum för upphandlande myndigheter att begagna sig av förfarandet, eftersom det är ett undantagsförfarande.

Överlag ger de nämnda oklarheter och nackdelar upphov till den samlade bilden att förfarandets införande inte helt förverkligar sin potential till att förenkla rättsläget för innovationsupphandlingar, istället kompliceras rättsläget ytterligare. Detta bortsett från ett litet antal aspekter där så inte är fallet, exempelvis vad gäller tröskelvärdesberäkningen där rättsläget tidigare har varit oklar vid punkten huruvida FoU-kostnader ska inkluderas men nu har klargjorts genom artikel 5.6. I nuläget kan jag således endast konstateras

att partnerskapet innebär en till viss del försummad möjlighet för innovationsupphandlingar ur ett juridiskt perspektiv. Samtidigt är förfarandet än så länge väldigt nytt, det har rentav inte genomförts i svensk lag. Det återstår därför att se dels i vilket utsträckning förfarandet faktiskt kommer att användas och dels om problemen som beskrivits ovan faktiskt manifesteras i praktiken. Förfarandets införande innebär trots sin försummade potential ett visst framsteg, dels genom sitt signalvärde om att innovativa ansatser i upphandlingar är ett angeläget ämne men också för att det möjliggör att förtydligande rättspraxis skapas. Sammanfattningsvis är innovationspartnerskapet i nuläget måhända inte lösningen på alla problem och frågor men väl en början på att återupprätta den innovationsfrämjande potentialen i offentlig upphandling.

## **6.5 Avslutande kommentarer**

Vid alla ovan förda resonemang, både utredande såväl som de mer diskuterande, är det viktigt att dra sig till minnes att innovationsupphandlingar bara har börjat att åter aktualiseras inom ramen för upphandlingslagstiftningen. Trots att konceptet har varit känt tidigare och innovationer har upphandlats under lång tid innan nuvarande lagstiftning infördes är dock förutsättningarna idag annorlunda jämfört med tidigare. Framförallt har man som upphandlande myndighet idag att förhålla sig till en mer extensiv och komplicerad upphandlingslagstiftning än någon gång tidigare. Därutöver finns det idag inte bara nationella utan också internationella aspekter på upphandlingar, med möjligheten att behöva förhålla sig till anbudsgivare från hela EU. Allt detta leder till slutsatsen att det inte är förvånande att kunskapen om innovationsupphandlingar överlag är så litet och rättsläget i enlighet med detta, antingen är oklart eller fragmenterad bland olika paragrafer, kapitel och lagar.

Att författa en sammanhållen bild över de rättsliga aspekterna för innovationsupphandlingar är således inte alltid enkelt och jag har försökt att ge en så heltäckande bild av dessa aspekter som bara möjligt.

Rättsutvecklingen för innovationsupphandlingar har egentligen bara börjat

och dess praktiska betydelse och resultat är svårt att mäta i allt annat än långa tidsperioder, således lär det gå ett antal år innan man ser sådana resultat av den lagstiftning som ändras och införs för närvarande. Samtidigt gör det faktum att nya direktiv, med ett uttryckligt fokus på innovationer, nyss har införts och att ny svensk upphandlingslagstiftning är på väg att införas att rättsområdet just i skrivande stånd står inför spännande utvecklingar. Innovations-upphandlingar är härvid säkerligen ingen fråga vars aktualitet lär minska i framtiden.



# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### Tryckta källor

#### *Europeiska Unionens rättsakter*

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

Förordning (EU) nr 842/2011 av den 19 augusti 2011 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av förordning (EG) nr 1564/2005.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

#### *Europeiska kommissionens meddelanden*

KOM (2007) 799 slutlig av den 14 december 2007, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa.

KOM (2010) 2020 slutlig av den 3 mars 2010, Europa 2020: En strategi för smart och hållbartillväxt för alla

KOM (2010) 546 slutlig av den 6 oktober 2010, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Flaggskeppsinitiativ i Europa 2020-strategin Innovationsunionen.

#### *Statens offentliga utredningar*

SOU 2010:56 *Innovationsupphandling*, betänkande av Innovationsupphandlingsutredningen, Stockholm 2010.

SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*, Stockholm 2014.

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling, betänkande av  
Genomförandeutredningen, Stockholm 2010.  
*Departementsutredningar*

Departementsserien, Ds. 2014:25, del 1, *Nya regler om upphandling*,  
Utredning av finansdepartementet, Stockholm 2014.

*Propositioner*

Prop. 2006/7:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling  
inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

Prop. 2013/14:133 *Direktupphandling*

*Kommittédirektiv*

Kommittédirektiv 2009:104 *Förutsättningar och åtgärder för ökad  
tillämpning av innovationsupphandling i Sverige*

## Övriga källor

*Regeringens informationsmaterial*

Den nationella innovationsstrategin, N2012.27, Stockholm den 11 oktober  
2012.

*Rapporter från svenska förvaltningsmyndigheter*

Energimyndighetens slutrapport: *Innovationsupphandling inom miljöteknik,  
ett regeringsuppdrag*, ER 2014:25.

Konkurrensverket: *Offentlig upphandling och innovation*,

Uppdragsforskningsrapport 2014:5, författat av Charles Edquist.

Konkurrensverkets remissyttrande avseende betänkandet

Innovationsupphandling (SOU 2010:56), Dnr. 516/2010.

Sveriges Kommuner och Landsting, *Innovationsvänlig upphandling –*

*Erfarenheter från Kommuner, Landsting och Regioner*, 2012.

Trafikverkets rapport, *Regeringsuppdrag om Innovationsupphandling*,

Verket för Förvaltningsutvecklings rapport *Förstudie om  
funktionsupphandling*, Stockholm den 2 juli 2007.

VINNOVA, *Förkommersiell Upphandling – En handbok för att genomföra  
FoU-upphandlingar*, Rapport VR 2013:09.

*Övrigt*

Socialdemokraternas vårmotion 2014, *Ett kunskapslyft för fler jobb*

## Litteratur

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, tredje upplagan, London, 2014

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom: *Offentlig Upphandling - På rätt sätt och till rätt pris*, Upplaga 1:2, Lund 2011.

Bernitz, Ulf; Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, fjärde upplagan, Stockholm 2010

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, Stockholm 2011.

Domeji, Bengt: ”Patent och innovationsprocessens avtal” I: *Nordiskt Immateriellt Rättskydd*, 2012/2, s. 122.

Domeji, Bengt: *Patentavtalsrätt*, andra upplagan, Stockholm 2010.  
Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder*, tredje upplagan, Stockholm 2013.

Jareborg, N: ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning* 2004, s.1.

Karlsson, Leif; Lundgren Ragnar; *Kommentar till Patentlagen*, första upplagan, Stockholm 2013.

Korling, Fredric; Zamboni, Mauro(red): *Juridisk metodlära*, första upplagan, Lund 2013.

Lenberg, Eva; Tansjö, Anna; Geijer, Ulrika: *Offentlighets- och sekretesslagen. En kommentar*, Stockholm 2009.

Rosén Andersson, Helena (red.); Eva-Maj Mühlenbock; Henrik Willquist; Natalie Svensson: *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, första upplagan, Stockholm 2013.

## Elektroniska källor

Eskil Nord: kommentar till Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, I: *Karnov rättsdatabas*, <http://www.juridik.karnovgroup.se>. Hämtat den 22 maj 2015

Hollunger Wågner, Katrin: ”Kommentar till OSL 19 kap 3 § 1 stycket”, I: *Karnov rättsdatabas*, <http://www.juridik.karnovgroup.se> Hämtat den 23 maj 2015

Konkurrensverkets exemplifierande lista över typsituationer över otillåtna direktupphandlingar:

<http://www.kkv.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/Tillsyn/upphandlingsskadeavgift/otillatna-direktupphandlingar/ fler-exempel-typsituationer-av-otillatna-direktupphandlingar/>. Hämtat 2015-05-19.

Modellavtal för patentlicensavtal, *ORGALIME: Model form of Patent License Agreements (1987)*: [http://sites.gads-forlag.dk/resources/28/et/Int\\_patent\\_licence\\_contract.pdf](http://sites.gads-forlag.dk/resources/28/et/Int_patent_licence_contract.pdf) Hämtat den 23 maj 2015.

Nationalencyklopedins uppslag om begreppet innovation:  
[www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/innovation](http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/innovation). Hämtat den 2015-02-16.

Trafikverkets anskaffningsplan:  
[http://www.trafikverket.se/contentassets/1b5a0ef3230541aa91a9e8278d63cb51/trafikverkets\\_inkopstidplan\\_2015\\_04\\_01.pdf](http://www.trafikverket.se/contentassets/1b5a0ef3230541aa91a9e8278d63cb51/trafikverkets_inkopstidplan_2015_04_01.pdf). Hämtat den 2015-05-19.

Ulfsdotter Forsell, Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 4 kap. 1 §, I: Lexino 2013-05-17*, <http://www.juridik.karnovgroup.se>, Hämtat den 22 maj 2015.

# Rättsfallsförteckning

## Avgöranden från svensk domstol

*Avgöranden från Högsta Domstolen*

NJA 2002 s. 712

*Avgöranden från Regeringsrätten och Högsta Förvaltningsdomstolen*

RÅ 2002 ref. 50.

*Avgöranden från Kammarrätterna*

Kammarrätten i Göteborg, målnr. 3513-3518-09, dom av den 25 juni 2009.

Kammarrätten i Stockholm, målnr. 6986-09, dom av den 11e februari 2010.

Kammarrätten i Göteborg, målnr. 3522-11, dom av den 14 september 2011.

Kammarrätten i Sundsvall, målnr. 2237-12, dom av den 4 december 2012.

Kammarrätten i Göteborg, målnr. 7024-7026-12, dom av den 15 mars 2013.

Kammarrätten i Stockholm, målnr. 5798-13, dom av den 17 februari 2014.

## Avgöranden från Europeiska Unionens domstol

C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike*, ECLI:EU:C:2000:494.

C-448/01 EVN AG och *Wienstrom GmbH* mot republiken Österrike, ECLI:EU:C:2003:651.

Förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom SA* mot État belge, ECLI:EU:C:2005:127.

C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*, ECLI:EU:C:2012:284.